



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

LUCIANO ALVES RODRIGUES DOS SANTOS

**ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO**

Londrina
2012

LUCIANO ALVES RODRIGUES DOS SANTOS

**ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito Negocial da
Universidade Estadual de Londrina, como
requisito parcial à obtenção do título de
Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Rozane da Rosa
Cachapuz

Londrina
2012

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca
Central da Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S237a Santos, Luciano Alves Rodrigues dos.

Arbitragem nos conflitos entre administração pública e pessoa jurídica de direito privado / Luciano Alves Rodrigues dos Santos. – Londrina, 2012.

187 f.

Orientador: Rozane da Rosa Cachapuz.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direito administrativo – Teses. 2. Estado – Reforma administrativa – Teses. 3. Arbitragem (Direito Civil) – Teses. I. Cachapuz, Rozane da Rosa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 345

LUCIANO ALVES RODRIGUES DOS SANTOS

**ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito Negocial da
Universidade Estadual de Londrina, como
requisito parcial à obtenção do título de
Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz
Universidade Estadual de Londrina

Profa. Dra. Marlene Kempfer
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Gabriel Bertin de Almeida
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Londrina, 02 de fevereiro de 2012.

Aos meus pais, Sirley Rodrigues Munhoz dos Santos e Antônio Carlos Alves dos Santos, pelo amor, exemplo de vida e companhia. À minha namorada e companheira, Clarice Teixeira de Souza, pela admiração dispensada ao longo de todo o meu labor acadêmico.

AGRADECIMENTOS

A trajetória de vida acadêmica jamais seria possível se inexistissem pessoas com as quais compartilhamos verdadeiros estímulos epistemológicos, cujos olhos sempre mostram-se capazes de enxergar com exatidão a profundidade do afeto desferido.

Meus sinceros agradecimentos à amiga e orientadora, Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz, que por linhas precisas de conhecimento direcionou a o apogeu todo este trabalho.

À inefável amiga e companheira, Profa. Dra. Marlene Kempfer, que por sábias contribuições e pertinentes intervenções inseriu um degrau a mais em minha escada de conhecimentos.

Ao Prof. Dr. Gabriel Bertin de Almeida, pelo aceite ao convite à banca e por seu imensurável somatório de ideias.

Aos estimados professores do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com quem mantive contato ao longo de todo o interstício, sem os quais não se poderia chegar ao ápice das virtudes: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior; Prof. Dr. Bianco Zalmora Garcia; Prof. Dr. Sergio Alves Gomes; Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares; Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti; Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho; Prof. Dr. Elve Miguel Cenci; Prof. Dr. Zulmar Antônio Fachin; Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz; Profa. Dra. Aurora Tomazini de Carvalho; Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti; Profa. Dra. Martha Asuncion Enriquez Prado; Prof. Dr. Lourival José de Oliveira; Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz e Profa. Dra. Marlene Kempfer.

Aos amigos e colegas de classe de todos os momentos, sem os quais o labor não seria descomplicado: Alberto Junior Veloso; Alessandro Marinelli de Oliveira; Althair Ferreira dos Santos Junior; Bruno Ponich Ruzon; Bruno Quiquinato Ribeiro; Carlos Eduardo Corrêa Crespi; Edvânia Fátima Fontes Godoy; Emilim Shimamura; Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino; Fábio Yuji Yoshida Hayashida; Fernanda Raquel Thomaz de Araújo; Fernanda Vicentini; Gaston Jose Giuffre; João Carlos Leal Júnior; Loreanne Manuella de Castro França; Lucas Franco de Paula; Luciana Romanelli Rodrigues Alfredo; Maria Beatriz Pasello Valente Tedardi; Marina Zuan Benedetti Chenso; Mauro Luis Siqueira da Silva;

Mayna Marchiori de Moraes; Michele Christiane de Souza Bannwart; Nathália Mariáh Mazzeo Sánchez; Rafael de Souza Borelli; Rodolfo Xavier Ciciliato; Valdeci Eleutério e Victor Hugo Alcalde do Nascimento.

Ao Francisco Carlos Navarro, Secretário dos Programas de Mestrado do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual de Londrina, por sua amizade e prestimoso auxílio.

“A moeda da honra, distribuída com sabedoria,
nunca se esgota e produz
sempre bons frutos”.

(Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, p. 106)

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos. **Arbitragem nos conflitos entre administração pública e pessoa jurídica de direito privado**. 2012. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito Negociado) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

RESUMO

Demonstra-se a evolução do Direito Administrativo, no que concerne às três reformas de Estado realizadas no Brasil, a partir dos anos 30. Parte-se do modelo burocrático, edificado por Getúlio Vargas, com seguimento ao modelo desenvolvimentalista, do governo Castello Branco, até se chegar à reforma gerencial, sob o comando de Fernando Henrique Cardoso, que possibilitou inovações tanto no campo comercial, quanto no processo de incursão por mecanismos resolutivos extrajudiciais de conflitos negociais. A reforma burocrática buscava o completo desligamento do Estado com o modelo patrimonialista, que mantinha a Administração Pública como se fosse propriedade do soberano. Neste momento, o Judiciário carecia de recursos e a arbitragem, conquanto reconhecida e já empregada, era preterida. Após o Golpe Militar de 64, Castello Branco dá início à reforma desenvolvimentalista, com metas unicamente fiscais, nada prevendo face aos conflitos cada vez mais incidentes e a novas formas de contenção por vias mais céleres. Como nada se dispunha em âmbito federal, Estados e Municípios passaram a incutir em seus contratos a convenção de arbitragem, muitas vezes contestada nos Tribunais. Após 1985, em meio aos movimentos democráticos crescentes e à queda do regime militar, tem início a reforma gerencial, que até hoje prima pela inovação e obtenção de resultados eficientes, garantidos em meio ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, com nova redação dada pela EC n. 19/98. A partir da sua publicação e após a regularização da arbitragem, por meio da Lei n. 9.307/96, inúmeros contratos passaram a adotá-la, inclusive legislações esparsas. Consiste a arbitragem em mecanismo privado destinado ao julgamento de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Quando pactuada contratualmente entre Administração Pública e esfera privada (arbitragem subjetiva) e formada a convenção arbitral, seja de modo antecipado ao problema (cláusula compromissória) ou posterior (compromisso arbitral), não se presta a julgar matérias indisponíveis (arbitragem objetiva), consistidas naquelas essenciais ou relativas a atividades-fim que realiza o Poder Público; cabe, unicamente, às atividades-meio ou secundárias, voltadas à consecução daquelas. É premente ressaltar que se deva percorrer por mecanismos de controle dos atos administrativos que envolvam arbitragem de conflitos, vez que poderiam macular princípios basilares da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, devido à execução de sentença condenatória nula. Destaca-se o controle administrativo ou autocontrole, de modo antecipado ou prévio, concomitante e sucessivo ou posterior; o controle do Tribunal de Contas; do Poder Judiciário e Ministério Público; o parlamentar; e o controle social ou popular.

Palavras-chave: Reformas de estado. Convenção arbitral. Matérias indisponíveis. Arbitragem objetiva. Arbitragem subjetiva. Formas de controle.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos. **Arbitration in conflicts between Public Administration and legal entity of private law**. 2012. 187f. Dissertation (Master Degree in Business Law) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

ABSTRACT

It demonstrates the evolution of Administrative Law, with respect to three State reforms occurred in Brazil, along 30 years. It starts from the bureaucratic model, built by Getulio Vargas, followed by the developmental one, of Castelo Branco, up to reach up the management reform, under the command of Fernando Henrique Cardoso, which enabled innovations such in commerce relationships as in the process of incursion by extrajudicial mechanisms of resolving business conflicts. The bureaucratic reform aimed the complete shutdown of the State with the patrimonial model, which kept the Public Administration as a property of the monarch. At this time, the Judiciary lacked of resources and the arbitration, although recognized and used, was set aside. After the Military Revolution of 64, Castelo Branco starts the developmental reform, with only fiscal targets, but without providing about the conflicts that more and more grow up and about new forms of containing them by faster methods. As nothing was available in federal ambit, States and municipalities began to insert in their contracts the arbitration agreement, often contested in the Courts. After 1985, among the most democratic movements and the fall of the military government, the management reform starts, which even nowadays reaches up innovation and effective results, guaranteed by the article 37 of the Brazilian Federal Constitution of 1988, with new redaction brought by the amendment 19/98. Since it was published and after the settlement of the arbitration by the Law 9.307/96, many contracts started to admit it, including in sparse laws. The arbitration consists of a private mechanism for the trial of disputes involving disposable and patrimonial rights. When it is contractually firming between Public Administration and private persons (subjective arbitration) and the arbitration agreement is formed, anticipated to the problem (clause of arbitration) or after it (compromise of arbitration), it must not reach up problems involving non-disposable rights (objective arbitration), consisted of the ones referred to essential or end activities that Public Administration performs; it may only reaches secondary or middle activities aimed to achieve those ones. It is also important to emphasize that it is necessary to go by mechanisms of control of the administrative acts involving arbitration of disputes, because they could damage fundamental principles of constitutional and non-constitutional legal system, due to the execution of a void sentence. It detaches the administrative or self-control, performed in advance; the concurrent and successive or subsequent one; the control of the Court of Auditors; the Judiciary and the Prosecutors control; the parliamentary one; and the social or popular control.

Key words: State reforms. Arbitration agreement. Problems under non-disposable rights. Objective arbitration. Subjective arbitration. Forms of control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR	Agravo
AgRegSE	Agravo Regimental em Sentença Estrangeira
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
ANP	Agência Nacional do Petróleo
Art.	Artigo
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
CAESB	Companhia de Água e Esgoto de Brasília
CAESP	Conselho Arbitral do Estado de São Paulo
CCI	International Chamber of Commerce
CDES	Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social
CES	Conselho Econômico Social
CF	Constituição Federal de 1988
CGU	Controladoria Geral da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Compagás	Companhia Paranaense de Gás
Conama	Conselho Nacional do Meio Ambiente
Conima	Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPIs	Comissões Parlamentares de Inquérito
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
EC	Emenda Constitucional
Eletrobras	Centrais Elétricas Brasileiras S/A
FGP	Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas
FS	Fundo Social
Fundeb	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
ICC	International Chamber of Commerce
N	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
P	Página / Parágrafo (§)
P.ex.	Por Exemplo

Pág.	Página
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
Petrobras	Petróleo Brasileiro S/A
PPPs	Parcerias Público-Privadas
RE	Recurso Extraordinário
REsp.	Recurso Especial
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
SEMOR	Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa
SEPLAN	Secretaria de Estado de Planejamento e de Desenvolvimento Econômico
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Tb.	Também
Telebras	Telecomunicações Brasileiras S/A
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 A REFORMA DO ESTADO: DO MODELO BUROCRÁTICO AO MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	18
1.1 PATRIMONIALISMO E BUROCRACIA: MODELOS DE ESTADO FECHADOS A NOVAS CONCEPÇÕES FACE À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM VIA ARBITRAL.....	21
1.2 O MODELO DESENVOLVIMENTALISTA: ESTADO EMPRESÁRIO, INDUSTRIALIZAÇÃO E RELEVANTE CRESCIMENTO DOS CONFLITOS NEGOCIAIS	33
1.3 O MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ABERTURA À ARBITRAGEM COMO MECANISMO EXTRAJUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	36
2 DISPOSIÇÕES DE DIREITO MATERIAL PERTINENTES À ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	45
2.1 A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	46
2.1.1 A Arbitragem nas Constituições de 1824 a 1988.....	46
2.1.2 A Arbitragem na Legislação Infraconstitucional.....	49
2.1.3 A Lei de Arbitragem: Aspectos Gerais Frente às Tutelas de Direito Privado e de Direito Público	52
2.2 CAPACIDADE, UTILIZAÇÃO DE LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA E FORMAS DIFERENCIADAS DE JULGAMENTO PRESENTES NOS ARTS. 1.º E 2.º DA LEI DE ARBITRAGEM	56
2.2.1 Da Capacidade e da Utilização de Legislação Estrangeira	56
2.2.2 Das Formas de Julgamento da Lide Aplicadas à Administração Pública por Meio da Arbitragem	65
2.2.2.1 Do julgamento por equidade	66
2.2.2.2 Do julgamento com base nos usos e costumes.....	68
2.2.2.3 Do julgamento com base nos princípios gerais do direito.....	68
2.2.2.4 Do julgamento com base nas normas de Direito Comercial Internacional (lex mercatoria).....	71

3	ARBITRAGEM COMO MECANISMO RESOLUTIVO DE CONFLITOS NEGOCIAIS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO	74
3.1	A Obediência ao Princípio da Legalidade em Contraponto à Juridicidade	74
3.2	O caráter Disponível e Patrimonial da Arbitragem	79
3.3	A Indisponibilidade do Interesse Público: Primazia dos Interesses Primários e Secundários	83
3.4	Arbitragem Subjetiva e Arbitragem Objetiva	88
3.4.1	Arbitragem Subjetiva	88
3.4.1.1	Arbitragem na legislação brasileira de direito público	90
3.4.1.2	Arbitragem, poder público e jurisprudência: uma análise frente à arbitragem subjetiva	100
3.4.2	Arbitragem Objetiva	103
3.5	A Garantia dos Princípios Gerais da Administração Pública por Meio da Arbitragem	107
3.5.1	O Princípio da Eficiência	107
3.5.2	O Princípio da Economicidade	109
3.5.3	O Princípio da Motivação	111
3.5.4	Os Princípios da Publicidade e Sigilosidade	112
3.6	Aplicação Prática da Arbitragem em Âmbito Administrativo	114
3.6.1	Formação de Título Executivo em Sentença Arbitral: Meio Possibilitador da Execução	124
3.6.1.1	Tipicidade e liquidação	125
3.6.1.2	Certeza e exigibilidade	127
3.6.2	Execução de Sentença Arbitral no Órgão Judicial	128
3.6.2.1	Embargos do devedor: questão prejudicial à exequibilidade do decisum arbitral	131
4	CONTROLE INTERNO E EXTERNO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS EM SEDE DE ARBITRAGEM	134
4.1	Controle Interno ou Autocontrole Administrativo	136
4.1.1	Autocontrole prévio	139

4.1.2	Autocontrole concomitante	141
4.1.3	Autocontrole sucessivo ou posterior	143
4.2	CONTROLE EXTERNO REALIZADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS.....	143
4.3	CONTROLE EXTERNO PARLAMENTAR	146
4.4	CONTROLE EXTERNO SOCIAL OU POPULAR	149
4.5	CONTROLE EXTERNO JUDICIAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO	154
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
	REFERÊNCIAS.....	169
	ANEXO	176
	ANEXO A - Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.....	177

INTRODUÇÃO

Com adoção de uma metodologia a histórico-indutiva, o trabalho tem como marco inicial as três reformas de Estado que emergiram em solo brasileiro, a partir do Governo Vargas, momento em que se punha a repensar toda a sua estrutura administrativa, sobretudo em meio às formas de resolução de conflitos diversas da ótica comum, como a arbitragem.

Conforme se tentava romper com o momento patrimonialista do século XIX, que primava por manter uma estrutura fechada de mando governamental, em que tudo pertencia ao monarca, edificava-se uma reforma de viés burocrático, no início do século XX, sob o primeiro governo de Getúlio Vargas, em meados de 1930. Ainda se caminhava por etapas incipientes, ao passo que já se tinha em mente impor uma corrente amplamente industrializada, que abriria espaço a empresas inclusive de capital estrangeiro, que mais tarde passariam a formar verdadeiros impérios econômicos monopolizados, sob a influência do Estado Liberal, e, com isso, o favorecimento à efetivação de acordos junto do Estado para a consecução de serviços de grande porte, como ferrovias e hidrovias. Não interessava ao Poder Público — pelo fraco aparato monetário em que se amparava — manter tarefas de alto risco e de grande volume de capital. Era muito mais benéfico garantir direitos essenciais, sob a forma de Modelo Mínimo.

Conforme eram efetivados os contratos de parceria, começavam a ter vez longos conflitos de ordem negocial, dada a complexidade de que se revestiam, ora usufruindo as normas do Direito Privado, ora do Direito Público, conquanto sem definição palpável. O Judiciário via-se cada vez mais tumultuado de demandas, pois pouco se fazia para que fosse edificado um corpo verdadeiramente instrumentado, célere, eficiente e eficaz.

Diante dessa inflação conflituosa, as empresas privadas, mesmo em parceria com o Poder Público, passavam a incutir no bojo de suas cláusulas contratuais mecanismos extrajudiciais, de modo que pudessem ver sanados os problemas de forma muito mais prática. É a partir daí que as convenções de arbitragem começam a ganhar espaço, ainda sem previsão legal, conquanto com esparsas menções constitucionais e infraconstitucionais, ou com adoção de Tratados e moldes internacionais verdadeiramente originários do instituto.

Se de um lado o Judiciário pouco avançava, o governo Vargas tampouco, fosse pelas formas muito amplas aventadas, pelo espaço cada vez mais fechado aos pequenos investidores, pela forma em que eram edificados os planos de governo, recheados de vicissitudes e favorecimentos, ou pelo descrédito que dava às formas de controle dos atos firmados. Além disso, muito pouco dispunha sobre tornar as relações negociais melhor formadas, com o apoio de novos mecanismos de resolução.

O principal órgão de controle — o DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público) — pouco agia proativamente. Esta situação ainda perdurou tempo depois, após a morte de Getúlio Vargas e fim da primeira guerra mundial, chegando ao apogeu nos governos seguintes, sobretudo sob o mando de Castello Branco, em 1967, que daria início a um novo perfil de Estado: a Reforma Desenvolvimentalista, calcada no Decreto-lei n. 200, engavetado no governo anterior de João Goulart. A partir desse período, torna-se bem mais incisivo o aparecimento da administração indireta. O Estado passava a assumir a posição de Estado Empresário ou Estado Empreendedor, fugindo-se à visão de Estado Mínimo, de herança absolutista.

A partir do momento em que a população passava a perceber que não possuía em mãos nenhuma forma de controle dos atos emanados do Poder Público, senão o sufrágio concedido legalmente, punha-se a repensar o seu *status*. Começava a ganhar o campo brasileiro o Estado de Bem-Estar Social, na iminência de garantir a todos igualdade, e não somente liberdade. Mas as correntes governamentais impediam que fossem projetadas melhoras, sendo cada vez mais pressionadas pelos movimentos sociais, e, mais tarde, pela queda do regime militar e ascensão da vertente democrática, sobretudo com a vinda da Constituição Federal de 1988.

O modelo desenvolvimentalista não chegou ao sucesso. Poucas diferenças existiram, alguns modos diferenciais de controle, mas novamente era preterida a arbitragem nos contratos firmados entre Administração pública e esfera privada. Não se pode negar que os perfis anteriormente edificados muito favoreceram para que se erguesse um novo modelo de Estado: o gerencial.

A Reforma Gerencial, permeada pelas virtudes do Estado Democrático de Direito, garantia o favorecimento dos pressupostos *inovação, celeridade, e* — sobretudo a partir da EC n. 19/98 —, a *produção de resultados eficientes*, tendo o cidadão como consumidor real do Estado, sob a garantia do interesse público. Neste

momento, o Estado passava de Estado Empresário a Estado Regulador, devolvendo às mãos do particular o espaço que antes lhe pertencia à consecução de serviços, sob a denominação de *privatização* ou *transferência*. Um leque muito maior se abriu às relações negociais entre Poder Público e particular, fossem sob a forma de concessões, permissões ou parcerias.

O ano de 1996 é ponto marcante, pois ganhava o campo infraconstitucional brasileiro a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), que passava a reger o mecanismo privado em sua totalidade. Ao passo que o Poder Judiciário se mostrava sobrecarregado de demandas, a legislação infraconstitucional, que regia os negócios jurídicos efetivados entre Poder Público e esfera privada, passava a admiti-lo, o que mais tarde se transformaria numa força incontornável, enxergada até os dias atuais.

Quando se intenta resolver conflitos entre Estado e esfera privada por meio da arbitragem, é importante notar que se deva caminhar somente por interesses que sejam patrimoniais e disponíveis, ficando o Poder Judiciário de posse daqueles diversos dessa classe jurídica.

Importante notar que não se pode impor freios à sua utilização, desde que se esteja a atuar frente às atividades-meio que a Administração perfaz, de modo que sejam garantidas as atividades-fim ou essenciais, a exemplo de saúde, educação e meio ambiente. Naquelas, é perfeitamente possível enxertar a arbitragem, vez que se constituem em atos relativos a serviços de ordem comum, como a contratação de terceiros para pavimentação de ruas e fornecimento de serviços de água.

Não há que se falar na impossibilidade de execução de bens públicos, vez que a sentença que o condena cria, naquele momento, uma norma jurídica, desde que se pautem pelos meios legais previstos.

Embora o processo arbitral possua idênticas características face ao processo estatal, inclusive sob o manto da coisa julgada, não é viável que rume sem qualquer forma de controle dos atos que realiza o árbitro, em meio público, como ocorria nos modelos burocrático e desenvolvimentalista. Para isso, o Estado conta com formas tanto internas quanto externas, inclusive de cunho parlamentar e social.

Não somente as decisões passam por um crivo maior, mas também os processos licitatórios que enxertam a arbitragem como mecanismo resolutivo, sem, contudo, retirar-lhe as suas principais benesses frente ao modelo gerencial de Administração: economicidade, não-recursividade, celeridade, eficiência, praticidade

e a força proativa para que seja mantida a relação efetivada sob os moldes do direito negocial.

1 A REFORMA DO ESTADO: DO MODELO BUROCRÁTICO AO MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A partir dos anos 80, a coletividade cada vez mais pressionava para que fosse edificado um novo modelo de Administração Pública, na tentativa de rompimento com inúmeras crises movidas pelos governos desde parte dos anos 30, dentre as quais cum pre destacar o elevado endividamento, em razão da existência de empresas de capital essencialmente público (BRESSER PEREIRA, 2006a, p. 22), além da crescente inflação, decorrente dos inúmeros planos econômicos aprovados e de pouco sucesso, sem deixar de lado o avanço industrial e tecnológico e a necessidade de se reforçar formas extrajudiciais de resolução de conflitos frente à quantidade de negócios jurídicos efetivados junto à esfera pública (BAER, 2002, p. 108).

Buscava-se por novos padrões e novas estratégias de governo; uma completa reestruturação do modelo administrativo, de modo que fosse possível alcançar um perfil de Estado que acompanhasse os avanços que em ergiram voluptuosamente na reta final do século XX e início do século XXI. Não mais se conseguia impor mecanismos brechantes ao mercado, que, frente ao grande volume de relações negociais, fomentava a aparição de conflitos de ordem macroscópica. Embora não se possuísse um Poder Judiciário altamente aparelhado, tampouco eram influenciadas formas extrajudiciais de solução de controvérsias, como a arbitragem, o que provocava desprestígio e queda de investimentos, inclusive estrangeiros, no Brasil.

Parte-se ao problema adotando-se como delimitação temporal o período burocrático, do governo Vargas, de meados dos anos 30, o modelo desenvolvimentalista, de Castello Branco, a partir de 1967, e o perfil gerencial, na reta final do século XX e início do século XXI. No início de todo esse interstício, observa-se a presença ainda sutil da arbitragem nos contratos administrativos, conquanto sua verdadeira admissibilidade e aplicabilidade tenham chegado ao apogeu a partir do último modelo de Estado — o gerencial —, que primou pela busca de celeridade, inovação e produção de resultados eficientes, sobretudo pela aprovação da EC n. 19/98. A partir daí, um lastro muito maior se abriu aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos envolvendo Poder Público e esfera privada.

Dentre os adeptos às alterações e à nova formulação de um modelo forte e estabilizado de Administração Pública, Figueiredo (2004, p. 24) mostra-se assertivo em seus estudos ao apontar o seguinte quadro:

Assim como a sociedade brasileira tem manifestado maciçamente sua insatisfação e desejo de mudança na forma de administração da coisa pública, apresentando cada vez mais demandas a exigir satisfação — mesmo porque contempladas como garantias constitucionais —, muitos autores nacionais começam também a reconhecer e a priorizar a necessidade de uma ampla reformulação do Direito Administrativo.

A visão obsoleta de que se deveria manter um Estado Mínimo,¹ garantidor de direitos básicos como propriedade, saúde e educação tornava-se insuficiente, sob a perspectiva de que cada vez mais se procurava novos direitos e novas reformas no campo administrativo. Ao definir Estado Mínimo, Medauar (2003, p. 124) defende como sendo aquele que possui administração mínima. Trata-se de um Estado que se funda em diretrizes administrativas e de direção básicas para que possa tão somente funcionar e manter-se em equilíbrio, sem maiores garantias ou medidas protetivas à coletividade e ao interesse público. Não prima, tampouco, pela produção de resultados eficientes frente ao volume de controvérsias que acenam para o campo negocial.

Contrastando sua opinião às prerrogativas de Alessi (1978, p. 25), o Direito Administrativo tem como dever a ampla garantia dos interesses e direitos dos cidadãos, não se restringindo a focos mínimos essenciais.² Pela visão minimalista de Estado, procura-se somente a manutenção da ordem pública e a garantia dos serviços indispensáveis, sem atuação direta do Poder Público. Não se coloca o interesse público como ponto de arrimo de toda a sua estrutura.

¹ No Estado Mínimo, havia um distanciamento do âmbito social e econômico. Segundo Dallari (2007, p. 280), este regime contribuiu negativamente para que ascendesse uma grande injustiça, sendo os pequenos investidores cada vez mais e fraquecidos pelo poder maior da burguesia, que pugnava para que houvesse a mínima interferência do Estado. No mesmo sentido, Ianni (2004, p. 313-311) extrai como conceito que o modelo de Estado Mínimo expunha as regras do jogo, mas não as aplicava diretamente.

² Bellinetti (2005, p. 3) explica que, “quando se utiliza o termo direito, geralmente se faz em sentido subjetivo, com o significado de constituir uma faculdade de agir autorizada pela ordem jurídica, com a finalidade de satisfação de um interesse reconhecido por esse ordenamento”. A ideia de interesse está ligada ao meio coletivo propriamente dito; a algo que não se pode exigir individualmente, enquanto o direito é individual, atribuído pela norma. Nesse sentido, quando se remete a tratar dos termos *direito* e *interesse* em âmbito administrativo, enxerga-se, do mesmo modo, porções individuais e coletivas. Para este trabalho, ambos são adotados como sinônimos.

Talvez não exista, na atualidade, melhor ideia de interesse público senão aquela trazida por Bailey (1967, p. 104):

É um bálsamo para a consciência dos governantes. É o óleo sobre as águas conturbadas do descontentamento público. É um dos analgésicos mais eficientes da sociedade. Sem esse conceito, a maioria dos presidentes, deputados, governadores, diretores, gerentes e prefeitos — e, ousaria dizer, comissários, *premiers* e generais — se tornaria acovardada. O pára-choque moral entre as perdas e lucros sociais conseqüentes de decisões públicas desapareceria. As feridas provocadas nos conflitos de lutas políticas supurariam e se agravariam. As represálias se tornariam certas em suas incertezas.

Em linhas gerais, “a ideia do interesse público reflete um complexo integrado de interesses de pessoas públicas e de pessoas privadas” (OLIVEIRA, 2007, p. 71). São interesses que vão muito além da propriedade pública; interesses que, sob análise de Marques Neto (2002, p. 81), com põem uma ideia-força que sustenta todo o Direito Administrativo. Significa valorar, inclusive por meio de garantias legais, a coletividade, tomando o estrito cuidado de não seccioná-los dos interesses do governo e da própria Administração.

A crença depositada no modelo estatizado de administração — outrora enxergado como burocrático —,³ vinha sendo posta de lado dia a dia. Almejava-se muito mais do Estado do que ele próprio pudesse efetivamente oferecer à coletividade (BRESSER PEREIRA, 2006a, p. 21-22). Por isso a necessidade de mudança e inovação frente aos perfis dizimados da história da Administração Pública brasileira. O Estado mantinha características de Estado investidor; de Estado empresário.

Com a reforma desenvolvimentalista, em parte de 1967, ainda que muito favorecesse a industrialização do país, inclusive em nível econômico internacional, dizimava-se os pequenos investidores pelo volume de capital que se formava em

³ Bresser Pereira (2006a, p. 25-26) explica que a administração pública burocrática compreende uma administração voltada a defender os interesses e o patrimônio público — a *res publica*. Consiste “numa instituição administrativa que usa [...] os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional”. A impessoalidade, como meta primordial da administração pública, é princípio estampado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade [...]”. O modelo burocrático traduz-se como sucessor do patrimonialismo, em que o monarca confundia os bens privados com os bens públicos. Este regime teve a sua superação reforçada pela democracia e pelo capitalismo, de modo a protegerem o patrimônio comum à sociedade.

torno de monopólios mercantis. Permeadas pelas virtudes do Estado Social de Direito, empresas se tornavam cada vez maiores, o que certamente era benéfico ao Estado, que dependia desse alto volume de capital para a disseminação de serviços e obras públicas de grande porte, como ferrovias e hidrovias. Começavam a aparecer os primeiros traços da administração indireta, e, conseqüentemente, algumas delegações de serviços e obras públicas, o que também incitava a inserção da arbitragem nos contratos administrativos efetivados, ainda que sem previsão legal.

O marco de concretização de todos os ideais de governo edificados em solo brasileiro ao longo de mais de 60 anos somente obteve o seu ápice a partir do modelo gerencial, pelas reformas democráticas e fim do período militar. Em linhas gerais, mostra-se como um momento de maior cuidado a ser tratado neste trabalho, sobretudo pela sólida base que forneceu à arbitragem nas relações entre esfera privada e Poder Público, atualmente expressa em boa parte da legislação brasileira.

1.1 PATRIMONIALISMO E BUROCRACIA: MODELOS DE ESTADO FECHADOS A NOVAS CONCEPÇÕES FACE À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM VIA ARBITRAL

O modelo de Administração Pública brasileira era influenciado pela força de um Estado Absoluto, mantido como se fosse um bem material do soberano; um momento da História denominado *patrimonialismo*, em que tudo, como regra — cargos, funções e propriedades —, ficava em suas mãos, que determinava o seu direcionamento, fosse certo ou não (F AORO, 2000, p. 363). Havia completa confusão entre os bens do rei àquilo que devidamente pertencia ao Estado, e, conseqüentemente, à coletividade. O acesso aos cargos e funções públicas se dava pela notória relevância e papel de destaque social. Tinha o rei o poder de exoneração de seus servidores, a qualquer tempo, *ex officio*, em período de paz ou em estado de guerra, bem como o poder de decidir sobre que rumo tomar na insurgência de algum tipo de contravenção oriunda de seu governo ou de determinado negócio jurídico malformado, sem qualquer interferência externa ou interna de seus subordinados (FIGUEIREDO, 2004, p. 54-55). Levantar, ainda que mínima, qualquer hipótese de que se poderia utilizar de outros meios de resolução de conflitos daria ensejo a um suposto ataque ao poder de mando que detinha, vez que era, ao mesmo tempo, administrador, legislador, julgador e executor.

No patrimonialismo, pelo que se observa dos estudos de Bendix (1986, p. 270-271), a Administração Pública era tida como se fosse um dos objetos ou propriedade particular do monarca. O trabalho administrativo era pautado por extrema pessoalidade, combatendo discricionariedade com algumas das tradições mantidas frente a interesses individuais já conquistados.⁴ Weber (1999, p. 33) chega a mencionar que esse momento esteve intimamente ligado ao conceito de dominação, que se manifestava pela obediência irrestrita às normas postas pelo rei. Ligava-se, sobretudo, ao próprio conceito de poder;⁵ à imposição de uma vontade individual à outra. A ideia de justiça permeava-se pelos costumes e tradições; um poder individualizado que tinha como críticos de formação traços unicamente familiares.

A construção do modelo absolutista, da qual mais tarde derivou o patrimonialismo no Brasil, teve origem na Europa, por volta do século XVII, precisamente em França. Ao tratar do tema, Figueiredo (2001, p. 65) observa que não é correto reduzi-lo a um governo despótico, mas a uma forma de Estado que age sem subordinação aos demais órgãos. Trata-se de um modelo individualista de atuação administrativa que não prima pelo interesse público.

Em parte do ano de 1936, durante o primeiro governo de Getúlio Vargas,⁶ ainda eram mantidas heranças patrimonialistas, principalmente na contratação do corpo de servidores públicos. Tinha-se, em contrapartida, a meta de se alcançar uma forma de Estado capaz de se desvencilhar do modelo autoritário, contanto que se mantivesse um braço de intervenção latente, de modo a não pôr em

⁴ Na atualidade, integra os princípios basilares da Administração Pública a *impessoalidade*, retratada no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

⁵ Ao se voltar os olhos à era jusnaturalista, vê-se que predominava o individualismo, o que gerava conflitos de ordem inimaginável. Tinha-se um completo estado de natureza, em que cada um governava na busca do bem próprio, com liberdade confundida com libertinagem e dominação, sem qualquer poder maior regulador. Na ideia de Thomas Hobbes, põe-se em prática a teoria contratualista, uma forma de poder civil cuja meta não era retirar a liberdade do indivíduo, mas ponderá-la a um intuito coletivo; o poder individual era infinitamente menor do que o poder coletivo, num governo racional. Porém, emerge a problemática daquele que se ria obrigado a representar esse poder, já que este se tornaria irresistível, o que poderia levar a uma forma coativa e reguladora das relações entre os homens (DUSO, 2005, p. 113-120). Poder, assim expresso como *potestas*, é entendido como a “transposição e concentração das forças numa única força”, ou seja, a vontade de muitos condicionada a de um, que os representa segundo a lei e para a lei (PICCININI, 2005, p. 131). Na concepção de Max Weber, retratada por Dallari (2007, p. 44), o poder está fracionado em três dimensões de legitimidade: poder tradicional, inserido nas monarquias; poder carismático, incutido nos líderes sociais; e poder racional, exercido pelas autoridades investidas por lei.

⁶ O Presidente Getúlio Vargas governou o Brasil de 1930 a 1945, ininterruptamente, e de 31 de janeiro de 1951 a 24 de agosto de 1954, quando se suicidou.

descrédito o sistema governamental. Mantêr-se-ia o imperativo comando s em se embrenhar num gove rno ilimitado, extremista e autorregula dor; dever-se-ia seccionar o público do pr ívado, o patrimônio do Estado do patrimônio do governante (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 163-164).

Sempre foram crescentes as r eações p opulares em face dos modelos de Estado c riados. Grandes empresas se tornavam verdadeiros impérios monopolizados, o que prensava cada vez mais pequenos inv estidores, pois pouco — ou nada — intervinha o Poder Público para a sua co ntenção. Reinava verdadeira desigualdade no cenário brasileiro; uma fo rma de comércio arbitrária (DI PIETRO, 2011, p. 8). Indústrias, inclusive estrangei ras, detinham maior volume de capital, tornando impraticável o ingresso como pequeno empresário no espaço restante. O modelo administrativo, cunhado nas bas es do liberalismo ec onômico, possuía atuação quase que imperceptível.

Contrário a toda essa política de admin istração, Bonavides (1980, p. 31) observa que “quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da v ida humana, mais larga e generosa a esfera de liber tade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse”. Se o próprio Estado se mostrava incipiente frente ao modelo econômico edificado, cada vez mais rumava ao declínio; e o Direito Administrativo, que se erguera para configurar-se por regras e princípios voltados à limit ação e direção do Estado for necia, nesse momento, uma estrutura imperfeita contra o arbítrio desmedido do comércio, até mesmo pela pouca proteção legal emanada de seus regramentos (MARQUES NETO, 2002, p. 61-69).

Vargas, com auxílio de Maurício Nabuco de Araújo ⁷ e Luís Simões Lopes, ⁸ dava início a uma reforma embasada em te orias pertencentes a países estrangeiros mais desenvolvidos, como França, Inglaterra e Estados Unidos, na tentativa de contenção dos abusos crescentes. Edif icava-se a Reforma Burocrática da Administração Pública. Neste momento, ganhava v ida o DA SP (Departamento Administrativo do Serviço Público), órgão principal de controle dos atos administrativos comerciais, que, dentre as várias metas conferidas pelo governo, extremava-se pela c onsecução: a) da administração de pes soal, fundada na meritocracia para acesso ao ser viço público, rompendo com a ideia de seleção por

⁷ Maurício Nabuco de Araújo foi Ministro das Relações Exteriores durante o governo de Getúlio Vargas.

⁸ Luís Simões Lopes era engenheiro agrônomo e assumiu a chefia do DASP durante o governo Vargas.

feição social ou destaque, conquanto com traços reais de personalidade; ⁹ b) da edificação de um plano para melhor organização e administração do orçamento público; c) da administração de material utilizado pelo Estado; d) da revisão de estruturas e de métodos empregados na administração geral do serviço público.

O modelo burocrático, segundo se extrai dos entendimentos de Motta e Vasconcelos (2002, p. 139), definia-se particularmente desta forma:

Um sistema que busca organizar, de forma estável e duradoura, a cooperação de um grande número de indivíduos, cada qual detendo uma função especializada. Separa-se a esfera pessoal, privada e familiar da esfera do trabalho [um rompimento total com a esfera patrimonialista, cujo poder advinha do soberano, que mantinha o Estado como se fosse propriedade sua].

Nesta mesma época, começavam a aparecer os primeiros traços da administração indireta, ¹⁰ que mais tarde fortaleceria a conversão ao modelo desenvolvimentalista de Estado, vez que cada vez mais era necessário descentralizar o modo indireto — ao seu tempo —, com regras diversas ou inversas ao padrão de administração direta (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 165). O corpo de servidores públicos possuía feição unicamente burocrata. Eram pessoas livres, sem apropriação incisiva pelo governo, como ocorria no período patrimonialista, distribuídas hierarquicamente, com competências e disciplinas limitadas por lei, sem nomeação por meio de fator social relevante ou papel de destaque (WEBER, 1997, p. 176), ressalvada, tão somente, a pessoalidade, já que em nenhum momento se cogitava a feitura de concursos ou processos seletivos públicos. Pouco se avançava, entretanto, acerca da presença de reforços focados na resolutividade de problemas

⁹ Na atualidade, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, não mais se possui acesso ao serviço público por meio da meritocracia, mas sim por intermédio de concurso público ou mesmo por processo seletivo, para contratação em período temporário, como dispõe o art. 37, II e IX, respectivamente: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão de caráter temporário ou de livre nomeação e exoneração; [...] IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

¹⁰ Por intermédio do Decreto-lei n. 6.016, de 1943, publicado por Getúlio Vargas, quase ao final do seu mandato de quinze anos, tinha-se a primeira definição de Autarquia, em seu art. 2.º: “considera-se autarquia, para efeito deste decreto-lei, o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”. O assunto é complexo, pois muito antes já existia a Caixa Econômica Federal, instituída em 1861, ainda no regime imperial.

que cada vez mais eram patentes frente aos negócios jurídicos realizados entre poder público e esfera privada, pela expansão do comércio e dos processos de descentralização iniciados. Além do DASP, cogitava-se — inclusive sob bases constitucionais — o reforço aos juízos arbitrais frente ao modelo administrativo criado, embora acabassem aliados a mecanismos voltados à aplicação de medidas emergenciais quando em estado de guerra internacional e promoção da paz.¹¹

Importante observar que o Brasil já era signatário do Protocolo de Genebra, desde 24 de setembro de 1923, que favorecia a utilização da arbitragem nos litígios comerciais. Vargas, em fevereiro de 1932, sem qualquer óbice, ratificou o Tratado, por meio do Decreto n. 21.187, conquanto mantivera evidente que de nenhum outro modo aplicaria o instituto, inclusive em âmbito administrativo.¹² Como toda manifestação se dava sempre às escuras, sem qualquer consulta ao Parlamento, como de costume no seu governo, tudo acabava por favorecer o descrédito e a inaplicabilidade dos acordos pactuados. Do mesmo modo acontecia com o Código Comercial de 1850, o Código Civil de 1916 e todas as demais legislações que traziam a arbitragem como forma extrajudicial de resolução de conflitos. Por vezes — senão na maior parte — a convenção de arbitragem, quando formada, era preterida em favor do modelo jurisdicional, inclusive pela jurisprudência dominante ou por ainda se manter raízes patrimoniais (SAMTLEBEN, 1999, p. 34-47).

Em suas pesquisas, Selma Lemes (2007, p. 63) chega a expor que, mesmo antes da era Vargas, a partir de 1880, com a publicação do Decreto n. 7.959, já começavam a ser padronizados os termos das concessões de serviço público pertinentes à edificação de ferrovias e hidrovias. Dentre as várias cláusulas que trazia, o juízo arbitral vinha expresso na de número XXXV.¹³ No Estado do Rio de Janeiro, em 1857, foi firmado acordo entre este e a *The Rio de Janeiro City*

¹¹ Trata-se de um período sob a vigência da Constituição de 1934, que, dentre as inovações que trazia à época, empregava a arbitragem quando em estado de guerra, consoante os termos do seu art. 4.º: “o Brasil só declarará guerra se não ocorrer ou malograr-se o recurso do arbitramento”. Em 1937, ano da publicação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, esse mecanismo sequer foi mencionado.

¹² Cf. trecho integral do Tratado, restou manifestada a vontade estritamente comercial frente à aplicação da arbitragem: “e, declarando aprovado o mesmo Protocolo, cujo teor fica acima transcrito, o confirmo e ratifico e, pela presente, o dou por firme e valioso para produzir os seus devidos efeitos, prometendo que ele será cumprido inviolavelmente, sob a condição de que o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória se restrinja aos contratos considerados como comerciais pela legislação brasileira”. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2011.

¹³ “No caso de desacordo entre o Governo e a companhia sobre a inteligência das presentes cláusulas, este será decidido por árbitros nomeados [...]”.

Improvement Company Ltd., e, do mesmo modo, o Decreto n. 9.753, de 18/08/87, outorgava à Companhia Paulista de Vias Férreas e Fluviais a exploração, por dez anos, sob o regime de concessão, da navegação dos rios Mogy-Guaçu, Pardo e Grande. É também importante o Decreto n. 4.283, de 1869, que outorgava, por noventa e nove anos, a edificação e utilização do serviço férreo de Jundiaí a Campinas, pela Companhia Paulista de Estrada de Ferro (LEMES, 2007, p. 64). Em todos esses contratos de parceria entre Estado e empresa privada a arbitragem foi prevista expressamente como meio resolutivo. Entretanto, diante da necessidade de ruptura com o modelo imperial, Vargas, por muitas vezes, não a reforçava em seu governo, sob alegação de desconhecimento ou de enfraquecimento da soberania jurisdicional (LEMES, 2007, p. 64).¹⁴

Fatores negativos passaram a ser melhor observados diante do modelo de Estado criado: a) a realização de metas amplas em muito pouco tempo, o que provocava um senso de descaso tanto face ao governo quanto ao modelo de administração; b) o alto índice de controle, estatizado e centralizador, que, muito embora detivesse forte grau de intervenção, mostrava-se insuficiente frente às controvérsias que exurgiam a cada dia dos negócios jurídicos efetivados; c) a constante inflexibilidade normativa, que barrava toda e qualquer fórmula inovadora de padronização dos atos administrativos, bem como novos mecanismos de deslinde das crises jurídicas patentes à época, em virtude do crescente número de negociações: mantinha-se um Judiciário que não se impunha eficazmente, pela morosidade que já conquistava, conquanto nenhum espaço se abria a novos métodos de resolução de conflitos, mitigados na maioria das vezes.

O primeiro e último fatores traçam literalmente o porquê de no modelo burocrata já se ver iniciada, ainda que de modo paralelo, uma busca incessante por moldes flexibilizados quando em meio a problemas de ordem negocial,

¹⁴ Cf. algumas das cláusulas a que se refere o Decreto n. 3.476, de 25 de Maio de 1922: "I – o Governo do Estado de São Paulo concede à Companhia Estrada de Ferro Oeste de São Paulo licença para a construção, uso e gozo de uma estrada do ferro, de bitola de 1 metro entre trilhos, com a extensão aproximada de 63 quilômetros, a qual, partindo da estação de Tayuva, da Estrada de Ferro Paulista, e passando próximo de Tayaçu e Piranguy, se dirija às proximidades da confluência do córrego Grande ou Manoel Francisco com o Ribeirão da Onça. [...] XIX – as questões que se suscitarem entre o Governo e esta estrada de ferro serão decididas por um juízo arbitral, o qual se formará do modo seguinte: cada uma das partes nomeará para juiz um árbitro. Se os dois assim nomeados divergirem em seus laudos, um terceiro será escolhido por ambas as partes. Se não houver acordo nessa escolha, cada parte nomeará o seu, e, dentre os dois, aquele que for indicado pela sorte decidirá a questão". Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br>>. Acesso em: 28 set. 2011.

principalmente diante de conflitos de natureza macroscópica e pela movimentação de mercado e de capital.

Todo o esquema de governo não favorecia qualquer inovação. Se a arbitragem apresentava-se — e ainda se apresenta — como forte aliada à resolução de problemas, inclusive de natureza ímpar à seara judicial, como os de ordem pública, p.ex., qualquer instituto que pudesse adentrar ao pilar hermeticamente estatizado seria de vez aniquilado, como já ocorria inclusive em meio estritamente privado. Além das prioridades de alto risco que eram mantidas, barrava-se — política e juridicamente — qualquer mecanismo que ameaçasse o poder de mando conquistado após o rompimento com o período patrimonialista. Deixar a cargo de um árbitro,¹⁵ pessoa privada e nomeada pelas partes, o julgamento de litígios públicos traria problemas ao encargo de resolver e punir que recebera do Estado o Poder Judiciário.

Selma Lemes (2007, p. 65-66), em seus estudos, menciona uma problemática cláusula compromissória pactuada em 1856, sob a vigência do Decreto-lei n. 9.869, de 1946, que tinha como parte ativa a Fazenda Pública. A situação arrastou-se sem qualquer solução. Enquanto se alegava prescrição do termo pactuado, por outro lado manifestavam-se os adeptos ao instituto: “a Administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa convocando as partes, que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral”.¹⁶ Em decisão favorável à arbitragem, o Tribunal Federal de Recursos manteve o que dispunha o art. 172, IV do Código Civil de 1916: “a prescrição interrompe-se: IV – por qualquer ato judicial [...]”.¹⁷ Não sendo conhecida a prescrição do ato pela Corte, dever-se-ia seguir com a convenção de arbitragem até o deslinde do conflito.

Situações como essas eram cada vez mais comuns. Como o Estado não dispunha de recursos próprios para manter serviços cada vez mais necessários,

¹⁵ À época não se tinha, como na atualidade, a equiparação do árbitro à pessoa do juiz togado, como o fez a Lei de Arbitragem, por meio de seu art. 18: “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

¹⁶ Sobre esta informação, vide redação original de Themístocles B. Cavalcanti, em 1956, na obra de Selma Lemes, à pág. 65.

¹⁷ Vários outros casos práticos podem ser citados, com base na redação da autora: 1) em 1923, na concessão da estrada de ferro Madeira-Mamoré, atuou em juízo arbitral o General Cândido Mariano da Silva Rondon; 2) em 1927, utilizou-se da arbitragem entre a Repartição Geral de Telégrafos e a *The Western Telegraph Co.*; 3) entre a Prefeitura de Belo Horizonte e a Companhia de Eletricidade e Viação Urbana de Minas empregou-se a arbitragem para a resolução de conflito, em 1912, com sentença favorável à Companhia (LEMES, 2007, p. 66).

além da meta de Estado Mínimo e da forte corrente de descentralização aventadas, abria-se espaço a investidores, inclusive estrangeiros, para a construção e exploração de ferrovias e hidrovias. Como tais serviços demandavam grandes riscos e custas muito altas, cada vez mais eram pactuadas convenções de arbitragem junto do Poder Público para dirimir possíveis e futuras controvérsias.

Após a Primeira Guerra Mundial, na tentativa de recuperação do Estado, essas alianças ou concessões começaram a perder força, e, junto delas, as convenções de arbitragem, pois já se tinha como meta efetivar uma reforma desenvolvimentalista: ao Estado caberia a manutenção da maior parte dos serviços, por intermédio de empresas paraestatais (LEMES, 2007, p. 67-68). Tudo se mostrava complexo: a coletividade não possuía em mãos sequer alguma forma de controle dos atos administrativos, senão o direito de sufrágio, o que a tornava autocentrada, não se preocupando com os interesses gerais dos cidadãos; a arbitragem, quando pactuada, não possuía forças para ser devidamente respeitada, caindo cada vez mais em descrédito, já que tudo padecia de sentença final dos Tribunais Superiores de Recursos. Também era patente e de extremo risco a fragilidade de controle legal dos atos públicos, realizado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, além de o Judiciário mostrar-se pouco operante, pela carência de recursos materiais e pessoais (FIGUEIREDO, 2004, p. 60-63).

Ao fazer alusão ao tema, Watanabe (2005, p. 22-32; 63-64) retrata a impossibilidade de se manter um poder organizado e controlador se não se possuir mecanismos de atualização e reforço humanos — e mesmo materiais —, bem como a necessidade de que institutos processuais sejam cada vez mais adaptados ou reformulados; ou com a instituição de novos, como a arbitragem, de forma que se abranja a realidade conflituosa na qual se está imerso. Para que haja efetivo controle dos atos administrativos, uma organização estruturada se faz iminente, tanto em âmbito administrativo como judicial — e mesmo extrajudicial —, pois as leis materiais e processuais, ainda que aparentem perfeitas, não se realizam por si só. Não há como se manter um governo hermeticamente fechado à entrada de bases flexibilizadas e inovadoras, conquanto legais. Barrar a ruptura de novos mecanismos, sobretudo numa sociedade que a cada dia erigue-se por meio de negociações contratuais, significa dizimar o Direito Administrativo às garantias mínimas de Estado.

Por esses e outros motivos, o modelo administrativo de Vargas dia a dia dava abertura à prática de oportunismos,¹⁸ fosse por meio de contratos incompletos ou malformados entre Poder Público e esfera privada ou pela carência de monitoramento dos atos praticados (ANDREWS; KOUZMIN, 1998, p. 122), além de não facilitar a entrada de mecanismos mais céleres, eficazes e inovadores de resolução de conflitos quando diante de controvérsias e em vias unicamente contratuais.

Começava a ganhar espaço uma nova concepção de Estado frente ao modelo liberal burocrático: o Estado de Bem-Estar Social, que não somente se esforçava para pressupor a igualdade, mas para garanti-la, combatendo toda forma díspar, tanto no meio comercial quanto no social, devendo intervir na ordem econômica, mudando do foco *liberdade*, do modelo antigo, para *igualdade*. Ao Estado caberia a função de Estado Empreendedor; de Estado Empresário.

Favorável ao tema, Oliveira (2007, p. 45-46, grifo do autor) mantém em seus estudos a seguinte explicação:

Sob a denominação de Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), ainda chamado de Estado Social (entre outras designações menos utilizadas, mas também reveladoras, como Estado Providência e Estado Social de Direito), as políticas públicas passaram a caracterizar-se pela intervenção direta do Estado na ordem econômica como meio de prover as camadas populacionais carentes dos bens e serviços de cujo acesso elas haviam sido excluídas pela “seleção natural” do livre mercado do sistema anterior.

O Estado ficaria responsável direto pelos serviços públicos, sob a gerência de empresas estatais; pelas atividades econômicas privadas, sob intervenção relevante, materializada pelas sociedades de economia mista e pelas empresas públicas; e pelo fomento, dividido ora por prêmios e recompensas, ora por auxílios e isenções fiscais (DI PIETRO, 2011, p. 9-11).

De modo contrário a esse entendimento, Bresser Pereira (1998, p. 31) defende que toda reforma que ocorre no Estado envolve diretamente o plano fiscal, mas não só, de modo que sejam auferidos proveitos tanto do Estado, de seus governantes e dos particulares que se encontram em parceria com estes. Se de um

¹⁸ Bresser Pereira (2006 b, p. 248) trata esses *oportunismos* a semelhança de uma forma de *clientelismo*, que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, favorecia privilégios incompatíveis com a ética de governo e o desprestígio do modelo edificado por Vargas, que agia de modo irracional para o seu combate.

lado o Estado assumia posição de mando, com aumento relevante do poder de polícia, de outro exigia dos particulares o cumprimento de determinadas ações em prol do equilíbrio social, igualitário e humanitário. Cada vez mais possuía crescimento vultoso, com atuação incidente em muitos campos da vida cívica, pondo sob forte risco a liberdade e o perfil máximo de edificação secular: a tripartição de poderes, que até hoje possui melhor conceito extraído das palavras de Bonavides (2002, p. 237): constitui “um pedestal normativo sobre o qual se assenta o edifício jurídico”.

O momento burocrático padecia de condições suficientes para se manter no plano econômico, agravadas pelo volume de atividades e pelas fortes crises fiscais que insurgiam nos países da América Latina, entre os anos 70 e 80, que afetavam diretamente o Brasil. Cada vez mais a sociedade clamava por segurança, saúde, trabalho, de forma desmedida, fugindo-se à visão de Estado Mínimo. As correntes sociais, aliadas às ideias liberais e à crescente vontade democrática, formavam núcleos capazes de romper barreiras antes fechadas pelo governo. O Poder Judiciário contava com poucos recursos para acompanhar a série de litígios que emergia no cenário socioeconômico, fosse pela relevante participação do Estado na vida de cada um ou pela complexidade demandada pelos avanços tecnológicos trazidos pelos países de primeiro mundo, aqui instalando verdadeiros impérios econômicos.

Ao tratar do tema, Rocha (1994, p. 105) defende que a “legalidade meramente formal, redutora do comportamento estatal administrativo [...] e, principalmente, a aceitação da suficiência desta legalidade [...] faziam com que, nos regimes antidemocráticos, a Administração Pública fosse cúmplice dos governantes”.

Começava a ter início uma crise de resolução litigiosa, até hoje patente na via administrativa, padecedora de novas técnicas e de novos mecanismos, que mais tarde só foram alcançados com a reforma gerencial. Os anos que sucederam, mesmo ao fim do governo Vargas e início do Governo Juscelino Kubitschek, em 1956, trouxeram pouco impacto mutante ao modelo burocrático. Algumas reformas flexibilizadas começavam a aparecer, com delegação de competências, reagrupamento de funções públicas e supressão de órgãos desnecessários (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 167), conquanto pouco iminentes aos problemas que realmente se deveria resolver na órbita negocial, pelo largo avanço mercantil.

Ao observar a necessidade de que cada vez mais fossem assegurados interesses gerais e um poder de controle maior frente à própria Administração Pública, Medauar (1999, p. 29) ressalta que:

À medida que se foram ampliando as funções do Estado, aumentaram as atividades da Administração; [...] tornou-se fundamental para a coletividade, sendo fator condicionante de grande parte das relações econômicas e sociais dos indivíduos, com a responsabilidade, sobretudo, de buscar meios para a efetivação dos direitos assegurados pela Constituição.

Ao passo que ainda se tentava avançar por modelos fechados de administração, avolumavam-se as relações negociais. Os sistemas resolutivos tradicionais, sob o mando do Poder Judiciário, tornavam-se cada vez mais morosos (GUILHERME, 2003, p. 32). Sequer havia uma política forte para que fossem edificadas reformas nesse sentido, tanto em nível material quanto processual. Havia, conquanto de baixa aplicabilidade no campo prático, esparsas ressalvas legais acerca da instauração de juízo arbitral às relações comerciais públicas, embora sem forças diante da ausência de dispositivos legalmente embasados.

Cada vez mais se procurava por novos interesses. Assim como os direitos civis, conquistados ao longo do século XVIII, no período de plena ascensão iluminista, os direitos sociais, albergados em Constituições ao longo do mundo, a partir do século XIX e meados do século XX, também fizeram com que o Estado passasse a ter como meta principal o fortalecimento do crescimento econômico, já em rumo ao desenvolvimentalismo, conquanto também se proporcionava um aumento cada vez maior de conflitos a ele e conduzidos, diversos da ótica comum litigiosa, alguns sem nenhuma perspectiva de resolução frente ao modelo processual.¹⁹ Protegia-se direitos individuais e sociais, mas o próprio direito público — a *res publica* —, quando em conflito, ficava à mercê de um padrão pouco estruturado (BRESSER PEREIRA, 2006a, p. 24-25). Muito embora surgissem novos perfis organizacionais — mais ou menos burocratizados —, dever-se-ia tão logo repensar a máquina administrativa em toda a sua base estrutural.

Ao tratar do tema, Rivero (1981, p. 567) expõe o seguinte entendimento:

¹⁹ O modelo processual atual tem fundamento no Código de Processo Civil, sob a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Quanto mais ela [Administração Pública] tem em consciência de defender o interesse geral, mais deseja aumentar a eficácia dos meios de que se arma para fazer triunfar. Por isso, só pode aceitar submeter-se à regra de direito se esta for especialmente adaptada à sua ação e reconhecer os imperativos que a dominam.

A reforma burocrática acabou por se tornar incompleta frente a todas as vicissitudes que foram aos poucos ganhando forças, bem como por não possuir um poder regulador incidente, fortemente constituído e eficaz.

Em seus estudos, Guerreiro Ramos (1983, p. 19) retrata insatisfação:

Modelo obsoleto de organização e burocracia configuram a prática administrativa dominante. Consciente ou inconscientemente subjugados por interesses radicados, muitos administradores estão tentando resolver problemas de hoje com soluções de ontem.

Consiste em forma que condiciona toda a sua força administrativa a interesses lineares e pouco inovadores; que exara as suas metas em detrimento de interesses da própria coletividade, a qual se vê enfraquecida pela ausência de um poder hábil de controle. Muito embora se extraia muito mais críticas do que méritos, não fosse edificado um modelo burocrático de administração não se teria como efetivar o rompimento com o patrimonialismo e favorecer com que o Estado pudesse autorregular-se e auto-organizar-se (ARAGÃO, 1997, p. 127). Ainda que à frente se tenha formado um modelo unicamente desenvolvimentalista, a partir de 1967, a rigidez com que fora edificado o perfil burocrata cada vez mais freava o crescimento econômico do país.

Da maioria dos contratos efetivados entre Poder Público e esfera privada, inúmeras controvérsias insurgiam, com pouca perspectiva de resolução. A Administração Pública não dispunha sequer de meios de controle bem estruturados; o Judiciário mantinha-se pouco ativo a todo fato diverso de sua esfera de atuação; e o Poder Legislativo, em nenhum momento, usava da sua força legiferante para edificar medidas contenciosas mais eficazes. Tudo isso contribuía, inversa e indiretamente, para que outros mecanismos, como a arbitragem, fossem aos poucos reforçados.

Pelo excesso de tempo no julgamento dos litígios, cada vez mais se provocava o desinteresse de grandes investidores, inclusive internacionais. Enquanto que em países como Inglaterra, Estados Unidos e França toda perspectiva

reformista visava mais incisivamente à área fiscal (corte de gastos públicos e de funcionários) e à incursão por novas metas de controle dos negócios contratados, no Brasil se tinha planos de governo muito amplos e sem foco específico. Não se pode desprezar que já existiam codificações aptas a resolver conflitos em âmbito negocial, inclusive com previsão da arbitragem, conquanto se deixasse a cargo do Judiciário a solvência da maioria dos problemas envolvendo o Poder Público, fosse pela inexistência de permissão normativa, pela indisponibilidade absoluta do seu objeto ou frente ao perfil de governo sumariamente fechado a inovações.²⁰

Durante o governo João Goulart, em 1963, com auxílio do Ministro Extraordinário para Reforma Administrativa Amaro Peixoto, eram repetidas as alterações antes experienciadas, com mera reestruturação das metas de governo. Não se cogitava uma reformulação de toda a base organizacional frente às relações negociais que tumultuavam o Poder Judiciário. Até esse período e pouco após, vários foram os projetos de lei votados no Senado e na Câmara dos Deputados, inclusive um Anteprojeto de Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal, que, embora arquivado, tenha mais tarde contribuído para a vida do Decreto-lei n. 200, de 1967,²¹ que daria ensejo à Reforma Desenvolvimentalista de Estado (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 168-169).

1.2 O MODELO DESENVOLVIMENTALISTA: ESTADO EMPRESÁRIO, INDUSTRIALIZAÇÃO E RELEVANTE CRESCIMENTO DOS CONFLITOS NEGOCIAIS

No ápice das alterações sem grandes efeitos e na tentativa de rompimento repentino com o modelo burocrático, logo após o Golpe Militar de 1964, o governo Castelo Branco, de posse dos documentos engavetados por João Goulart, colocou em vigor o Decreto-lei n. 200, em 25 de fevereiro de 1967, que dá vida à Administração para o Desenvolvimento ou Administração Desenvolvimentalista.²²

²⁰ Neste sentido, cita-se como exemplo o Código Comercial de 1850, que trazia expresso o juízo arbitral, além do Código Civil de 1916 e muitas outras normas extravagantes, inclusive com base constitucional, conquanto nada fosse previsto em âmbito administrativo a cerca da inclusão de novas técnicas de resolução de conflitos.

²¹ Conteúdo disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 set. 2011.

²² Dentre os dispositivos que demonstram a ideia exarada pelo Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, destaca-se o art. 7.º: “a ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento e econômico-social do País e a segurança nacional, orientando-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais,

Pretendia-se criar um melhor equilíbrio econômico do Estado, interna e externamente, e priorizar a contenção de gastos com empresas mantidas estritamente por capital estatal, embora sem qualquer previsão de melhorias no controle dos atos e relações negociais realizadas dentro e fora da Administração Pública. Distinguiu-se administração direta de indireta, garantindo-se às autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas autonomia muito maior do que a concedida no período de sua criação, durante o governo Vargas. Com a elevação do fomento a essas entidades, iniciava-se um período de maior industrialização. Grandes nomes começavam a se destacar, como a Petróbras, a Eletrobras e a Telebrás, além do BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social), criado nos anos 50, que ganhava dia a dia a confiança dos investidores. Enquanto grandes empresas ganhavam o mercado nacional e internacional, incidiam fortes abatimentos que até hoje imploram por curas dentro da Administração.

A legislação havia se tornado tendenciosa ao pretender garantir celeridade desregrada aos processos, bem como o favorecimento de uma justiça ilusória. Algumas formas de controle dos negócios jurídicos realizados entre administração indireta e direta e entre estas e particulares foram criadas, com destaque à SEPLAN (Secretaria de Estado de Planejamento e de Desenvolvimento Econômico), que regulava o andamento legal das empresas estatais, fundações e autarquias, retirando-o dos ministérios, além do DASP, que passava a cuidar das penas de ingresso e saída de servidores públicos, com base na meritocracia e em promoções por merecimento e carreira. Entrava também em funcionamento a SEMOR (Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa), que tinha como meta a revisão de toda a estrutura organizacional do Estado, além da possibilidade de sugerir novas formas de controle, quando necessárias (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 171).

Todas as reformas alavancadas até então tinham como único propósito o fim da administração burocrática e estatizada, motivo pelo qual se fomentava o reforço a uma forma indireta e descentralizada. Criticava-se, a todo o momento, o poder estritamente central, bem como o autocrático controle administrativo. A reforma desenvolvimentalista consistiu no primeiro marco para a elevação de uma

setoriais e regionais, de duração pluri-anual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”.

administração gerencial, bem porque trazia novas formas de controle e novas metas de planejamento, inclusive com observação dos resultados.²³ Entretanto, a desnecessidade de contratação de pessoal por meio de concurso público dava margem à formação de núcleos de administradores de alto escalão, geralmente compostos por engenheiros e economistas,²⁴ o que possibilitava que grandes empresas (inclusive sociedades de economia mista, autarquias, fundações e empresas públicas) começassem a se erguer, tornando-se, mais tarde, verdadeiros impérios monopolizados, detentoras de alto poder de mercado, pressionando cada vez mais os pequenos investidores.

Todo o avanço industrial da era desenvolvimentalista trouxe ampla carga contratual, e, com isso, a incidência de conflitos de foco estritamente negocial, com baixa perspectiva de resolução ante o modelo jurisdicional existente. Mais uma vez se necessitava alçar outros caminhos; mecanismos eficazes de pacificação, bem como novos perfis de Administração: buscava-se por um modelo estritamente gerencial, que pudesse unificar *eficiência* e *inovação*,²⁵ pondo a coletividade como ponto nodal.

Não se sabe ao certo o porquê desse perfil não ter alcançado o seu ápice. Partindo-se das explicações de Bresser Pereira (1998, p. 167), seu declínio se deve ou por se trabalhar sob um patamar militar; ou pela ausência de requisitos essenciais para que se confirmasse em uma reforma calcada no real desempenho e nos modelos de controle eficazes de gestão. O certo é que tenha sido aniquilado pelo regime democrático, que ganhou forças a partir de 1985,²⁶ primando para que a

²³ Dentre as importantes modificações que trouxe o Decreto-lei n. 200, de 1967, seu art. 6.º disciplina os princípios fundamentais que regem a Administração Pública após a era Vargas, dentre eles o controle e a descentralização: “as atividades da administração federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – planejamento; II – coordenação; III – descentralização; IV – delegação de competência; V – controle”.

²⁴ Fortalecia-se, como na era patrimonialista, a ascensão ao serviço público pela meritocracia, como retratado pelo art. 25, VII do Decreto-lei n. 200, de 1967: “a supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: [...] VII – fortalecer o sistema do mérito”. Nada era previsto, como ocorre em 1988, quanto ao ingresso por concurso ou processo seletivo público (vide art. 37, II e IX da Constituição Federal de 1988).

²⁵ Quando se passa a pensar o termo *eficiente* dentro da Administração Pública, tem-se a certeza de que consiste na melhor utilização de recursos, cujo foco está ligado a um objeto específico. A *eficácia* repousa na escolha adequada do procedimento, que resulta em sucesso na operação (METCALFE; RICHARDS, 1992, p. 33-34, tradução livre).

²⁶ Um dos maiores fatores favorecedores da ascensão democrática, após o Golpe Militar de 1964, foi o movimento Diretas Já, de 1984. Reunido nas ruas, o povo brasileiro pressionava para que fosse posta em votação a PEC n. 05/83, do Deputado Dante de Oliveira, que previa a realização de eleições diretas para a presidência da república. No entanto, o projeto foi recusado, tendo sido eleita, indiretamente, a pessoa de Tancredo Neves, em 1985, e embora não tenha sequer tomado posse, pela morte súbita em 21 de abril de 1985. Assumiu em seu lugar o vice José Sarney. O

Administração Pública passa e a ter viés cada vez mais impessoal e aberto aos olhos da coletividade, inclusive como forma de controle dos seus atos, internos e externos.

1.3 O MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ABERTURA À ARBITRAGEM COMO MECANISMO EXTRAJUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com o reforço à democracia e a chegada da Constituição Federal de 1988, a garantia do interesse público passou a ganhar espaço contínuo nas reformas que se pretendia edificar (BRESSER PEREIRA, 2006a, p. 31). Se antes a regra elementar embasava-se em reformas ocorridas em território internacional, principalmente nos Estados Unidos, França e Inglaterra, passa va-se a adotar um perfil essencialmente brasileiro, colocando o cidadão como consumidor do público, isto é, aquele que paga pelos serviços que o Estado oferece, mas que deve ter ao seu alcance as ferramentas que este mesmo Estado possui para a garantia dos seus direitos fundamentais. É sempre positivo perquirir por novos modelos, muito embora se deva moldá-los à situação peculiar do próprio Estado, vez que o Direito Administrativo se mantém caracterizado por veias distintas, diverso dos outros ramos legais, seja pelo caráter político ou face à interpretação própria que dá aos seus atos (WEIL, 1977, p. 31-32). Por isso a cautela no tratamento de medidas inovadoras de resolução litigiosa em seara pública.

No final do século XX, a partir de movimentos sociais em prol ao avanço da democracia e à queda do regime militar, um novo olhar começa a ser lançado sobre a ordem pública, que passa a ganhar o *status* de Estado Democrático de Direito, primando pelas liberdades individuais e pelo pleno apoio social. Cresce a participação da população nos atos do Poder Público, não mais somente por intermédio do sufrágio. A lei, delimitadora de toda a Administração, começa a ser tratada mais longe do aspecto unicamente formal dos modelos anteriores. De modo permeável, mantém nova concepção; um conjunto único — o Direito —, imerso sob uma roupagem de princípios.

verdadeiro fortalecimento da democracia adveio três anos mais tarde, com a publicação da Constituição Federal de 1988, estampada em seu art. 1.º, parágrafo único: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Da garantia de legalidade, regra de todo o sistema normativo, passa-se a enxergar uma garantia muito mais amplificada: a *juridicidade*, que tem não só a lei como molde de justiça, mas todo o Direito. Em vez de se ter um Estado unicamente legal, tem-se um Estado de Direito, vinculado ao ideal de promoção da paz e da justiça, com viés de subsidiariedade e a ideia de diminuição de algumas das suas porções, momento em que começam a ter berço formas iniciais de privatização, de modo a diminuir os riscos e os gastos públicos com empresas estatais, favorecendo ainda mais as concepções gerencial e neoliberal, que mantêm como ponto chave a participação privada na ordem econômica (DI PIETRO, 2011, p. 17-18),²⁷ além dos requisitos inovação, celeridade e obtenção de resultados cada vez mais eficientes. O Estado, antes empreendedor ou empresário, passa a ser um Estado Regulador.

É verdadeiramente inviável manter-se em um espaço econômico que deveria ser ocupado pela iniciativa privada, até mesmo diante da inaptidão financeira que se arvorou (OLIVEIRA, 2007, p. 70).²⁸ Iniciam-se em larga escala as parcerias entre entes privados e estatais, dando continuidade ao processo de desburocratização. O Estado fica um pouco mais longe do poder de polícia incisivo, mas em atuação maior no seu controle. Abre-se maior espaço aos pequenos investidores num meio antes fechado quase que na totalidade: setores antes mantidos unicamente pelo Poder Público, agora são favorecidos à esfera privada. As privatizações, por serem formas genéricas de parceria entre Estado e particular, passam a ser alimentadas, principalmente a partir dos anos 90, no governo Fernando Henrique Cardoso. Consequentemente, diversas relações contratuais ganham forças insuperáveis por meio de parcerias e concessões de serviços públicos, demandando mais cuidado no trato dos litígios que daí exsurtem. Passa-se novamente a repensar toda a ótica resolutiva do meio público, dando em reforço cada vez mais a arbitragem, inclusive em legislações esparsas.

²⁷ A Constituição Federal de 1988 mantém, em seu art. 170 e seguintes, a Ordem Econômica e Financeira devidamente disciplinada.

²⁸ Na atualidade, ainda que tenha havido a transferência de grande parte da exploração econômica ao setor privado, manteve o Estado a sua regulação, por meio do art. 174 da Constituição Federal de 1988: “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. A exploração direta pelo Estado também se regou pelo seu art. 173: “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Ao tratar do tema, Rojas (1992, p. 100-101) defende que a privatização nada mais é do que uma forma de o Estado desligar-se, ainda que indiretamente (pois atua em seu controle), da porção interventiva que dispõe constitucionalmente. Trata-se de uma redução relevante da atividade pública, seja pela produção ou distribuição de bens ou serviços, cuja transferência se dá diretamente a um particular. Na obra de Carlos Menem e Roberto Dromi (1990, p. 76-77, tradução livre), o conceito de privatização é posto como *desburocratização*, fruto do rompimento da era Vargas e início do período desenvolvimentista, com traços de descentralização, seguidos do perfil gerencial, que mantém como escopos a celeridade, a inovação e a produção de resultados eficientes. Pelo que expõe Di Pietro (2001, p. 7), privatizar significa “reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos”. Consiste tanto na liberação de determinados setores estatais, quanto na transferência de propriedade, na promoção da gestão privada de serviços públicos e na introdução de mecanismos particulares de gestão. É converter uma empresa estatal em empresa privada.

Sob explicação não menos contemporânea, Britto (1995, p. 125) defende que privatizar nada mais é do que devolver ao particular um espaço econômico que já lhe pertencia muito antes. Inexiste privatização de atividade pública, pois já cabia ao particular a execução daquela, que possui natureza jurídica essencialmente privada. Segundo ressalta, “a privatização pode ser conceituada como a transferência do domínio público de uma empresa para o domínio privado dessa mesma empresa, em caráter, naturalmente, oneroso ou negocial” (BRITTO, 1995, p. 125). Se hoje, p.ex., o setor privado detém parte do ramo bancário, é porque antes já possuía esse espaço. É como se estivesse em sua posse indireta, conquanto lhe fosse reservado o seu domínio; e o Estado detinha a sua posse direta, mas não a sua propriedade.

Atualmente, sob o que determina o art. 174 da Constituição Federal de 1988, o Estado assume a regulação das atividades antes por ele mantidas, cujo espaço já pertencia à esfera privada. Trata-se de um núcleo estratégico, no qual são bem definidas as leis e as políticas públicas, as atividades de sua exclusiva exploração, consoante os termos dos arts. 173 e 177, e os sistemas que abrem concorrência e entrada da esfera privada, amparados pelo art. 175, sendo nestes concentrado o foco maior dos conflitos que se é possível tratar por meio da arbitragem. Tem-se

uma forma mista de mercado ou uma feição pública não estatal, que não se desliga do controle social frente à cobrança de qualidade dos serviços prestados pela esfera privada, quando em parceria com o Estado.

A privatização ou transferência, bem como os ajustes fiscais e a liberação comercial são reformas de cunho neoliberal. Consistem em técnicas de governo que fortalecem o Estado e permitem que advenham novas formas de resolução de conflitos, já que cada vez mais se alastram as parcerias entre aquele e esfera privada. O Estado passa a garantir, embora sob as mãos de particulares, além dos bens indispensáveis do modelo anterior, cunhado nas bases do Estado Mínimo, o interesse público. Traça metas diferenciadas do modelo estatizado, longe do ideal ilusório de direção e coordenação extremas, inclusive mantidas em continuidade no perfil desenvolvimentalista.

As reformas apontadas convergem em retirar do Estado parte do seu poder e entregá-lo à esfera privada, por meio de instrumento hábil — o contrato administrativo —, que, no seu curso, poderá sofrer lesões diversas. Essas supostas *lesões* ou *conflitos* encontram cada vez mais barreiras na forma utilizada para a sua resolução, seja pela via unicamente administrativa ou pela jurisdicional, que ainda se mostra burocratizada, mantendo o quesito *tempo* fator maculador dos negócios efetivados, pendendo-se à autotutela administrativa em desfavor da esfera privada.

A incursão pelos mecanismos extrajudiciais marca a consecução lúdica dos negócios jurídicos, aqui postos sob a égide da arbitragem, que possui, frente aos demais — mediação, negociação e conciliação —,²⁹ embasamento legal, por meio da Lei n. 9.307/96, e atende aos méritos trazidos pelo modelo gerencial, cunhado sob a forma Democrática de Direito, que prima pela busca de inovação, celeridade e eficientes resultados.

Diante da concepção atual de Estado, tanto em âmbito social quanto governamental, a Administração se vê incumbida de cada vez mais possibilitar ao particular o seu acesso à prestação do serviço público. Todo esse movimento já era evidente desde a época desenvolvimentalista, conquanto pela ausência de maiores critérios de controle grandes monopólios foram sendo edificados, pressionando cada vez mais a camada social emergente. Frente ao alavancar de contratos firmados

²⁹ Não compõe objeto deste trabalho o tratamento da *mediação*, da *conciliação* e da *negociação*. Vale lembrar que até o momento não existe legislação que os abra e m vias unicamente extrajudiciais, vez que a conciliação, p.ex., é prevista em vários momentos no Código de Processo Civil.

entre Poder Público e esfera privada, incidiam conflitos de diferentes dimensões, aquém da órbita comum litigiosa, pendentes de resolução quando buscados pela via judicial ou administrativa. Dotada de celeridade, inovação e eficiência — moldes elementares do modelo gerencial —, a arbitragem desponta como mecanismo de melhor adequação.

A partir da reforma gerencial, mantém-se como critério fundamental o *interesse público*, aliado aos escopos já abarcados. Na atual concepção, não mais se deve visar ao lucro ou ao meio estritamente fiscal,³⁰ como ocorria no perfil desenvolvimentalista do século passado, calcado em estruturas internacionais. Deve-se cuidar do interesse coletivo, mantendo-se a sociedade como cidadã consumidora do Estado e dotada de direitos; não só deveres. Este modelo também é patente nos estudos de Bresser Pereira (2006a, p. 27): “se, nos países desenvolvidos, os direitos civis e sociais estavam razoavelmente protegidos, os direitos públicos não estavam: a *res pública* estava exposta a todo tipo de ameaças”.

Com o avanço industrial irrompido na era desenvolvimentalista, relações negociais eram efetivadas a cada dia, e, na ruptura dos problemas, o Poder Judiciário se mostrava um tanto incipiente. Cada vez mais incidiam controvérsias de grande diversidade negocial, que dependiam diretamente de métodos resolutivos além daqueles oferecidos pelo Estado, tanto no plano administrativo quanto no meio judicial. Não consistiam em meras repulsas do cotidiano ou em divergências sobre matérias de cunho abstrato, mas sim em formas inquinadas que deveriam ser tratadas de maneira diferenciada (CRETELLA NETO, 2004, p. 1-2), tanto pelo legislador quanto pelo administrador, pela sua complexidade,³¹ de modo muito mais célere e eficiente.

A administração gerencial, como fundamento maior, consiste numa completa reestruturação do modelo de gerência, o que demanda um Estado estrategicamente reformado, fundado na ideia de descentralização ou delegação de serviços. Dentre os principais fatores que a disciplinam: i) é voltada ao cidadão, como forma de cada vez mais se obter resultados positivos; ii) tem como maior estratégia o incentivo à inovação e à criatividade (BREISSER PEREIRA, 2006a, p. 28), o que se mostra

³⁰ Bresser Pereira (2006a, p. 27-28) explica que “[...] os burocratas não se dedicaram apenas à construção do Estado, mas também a substituir parcialmente a burguesia no processo de acumulação de capital [...]”. Enfim, conclui pela substituição do patrimonialismo.

³¹ É importante salientar que emergiam problemas relacionados a contratos, tanto aqueles firmados entre pessoas jurídicas de direito público, quanto entre particulares e a Administração Pública, direta ou indireta.

positivo quando se remete a tratar de conflitos de interesses sem perspectiva de solvência face ao modelo jurisdicional albergado pelo Estado. Enquanto a administração burocrática se voltava ao próprio interesse do Estado; a desenvolvimentalista ao plano unicamente fiscal, o modelo gerencial volta-se aos resultados — e resultados eficientes.

A forma como ascenderam todas as metas traçadas sempre possuía como arrimo maior o modo flexível, inovador, descentralizado e orientado ao cidadão, visto como real consumidor do público. Exaltava-se laços puramente estatizados e imputava-se melhores estratégias, com a coletividade sendo o cerne de todo procedimento. Em comparação com o modelo criado nos Estados Unidos, durante o governo Clinton, em 1992, a reforma administrativa teve gênese de modo centrípeto, ou seja, de dentro dos municípios para fora deles, até chegar às províncias. Bresser Pereira (2006a, p. 31) a equipara às ideias neoliberais, aqui difundidas pelo perfil gerencial.

Sob mesmo entendimento defende Ianni (2004, p. 313-314), em síntese ao tema:

O neoliberalismo compreende a liberação crescente e generalizada das atividades econômicas, compreendendo a produção, distribuição, troca e consumo. Funda-se no reconhecimento da primazia das liberdades relativas às atividades econômicas como pré-requisito e fundamento da organização e funcionamento das mais diversas formas de sociabilidade, compreendendo não só as empresas, corporações e conglomerados, mas também as mais diferentes instituições sociais.

O ideal neoliberal deve ser equiparado ao modelo de administração gerencial, pois tem como meta a liberdade econômica, sem desprezar o seio social e os modos de organização. Trata-se de corrente focada no rompimento com moldes secularizados. Se se está a tratar de um serviço público que possui como garantia o interesse público, todos os esforços devem estar voltados à coletividade, que cada vez mais busca por interesses diversos perante o Estado, que não mais deve revestir-se na forma minimalizada, garantidora de ideais retos e aritméticos.

Em síntese ao assunto, Rivero (1981, p. 32-34) identifica alguns pontos fundamentais acerca do porquê de se pugnar por mudanças tão radicais:

Com a atenuação da diferenciação entre as atividades públicas e privadas, muitas vezes atuando simultaneamente no mesmo domínio sob diferentes regimes jurídicos, e com a enorme gama de serviços que hoje são prestados, alteraram-se substancialmente as relações dos particulares com a Administração, passando aqueles da simples condição de administrados para detentores das mais diversas exigências e também colaboradores. Como consequência, a Administração viu-se apertada entre o princípio da legalidade, agora enriquecido com um sem-número de novas normas, e a possibilidade de sanção judicial às ações administrativas contrárias ao direito, com o desenvolvimento da responsabilidade administrativa e dos recursos pelo uso normal do poder. As noções fundamentais previamente elaboradas já não dão conta das novas formas tomadas pela atividade administrativa [...]. A multiplicação dos serviços é tal que a centralização imposta pelo Estado se torna cada vez mais intolerável, impondo-se novas formas de ação [...].

O modelo resolutivo jurisdicional de conflitos — o processo civil — não atende completamente ao padrão de administração gerencial, pois pouco favorece para que se obressaiam os quesitos celeridade, eficiência e inovação, podendo ser preterido — ainda que não de modo absoluto — pela arbitragem, visto que é possível inseri-la seja frente à estratégia de delegação de serviços ou face à busca crescente pela descentralização; e, em último caso, pela corrente inovadora de governo. O modelo gerencial propõe até mesmo criatividade, permitindo que se fuja do arquétipo secularizado.

Não há que se manter toda a máquina administrativa à mercê de um perfil que desatenda aos anseios sociais frente aos conflitos incidentes, principalmente quando se necessita piamente de mecanismos resolutivos desburocratizados, diversos da órbita jurisdicional, que a cada dia se vê rodeada de projetos reformistas, uns de cunho ilusório, outros puramente garantidores de meras vaidades legislativas (C ALMON DE PASSOS, 2001, p. 55-67). Não se deve desprezar um controle forte dos atos que administrativamente são efetivados, conquanto se deva caminhar por regras muito mais palpáveis.

Ao se voltar os olhos aos requisitos gerenciais,³² também não se pode negar que muito contribuíram — e têm contribuído — para que mecanismos como a arbitragem fossem cada vez mais reforçados quando em meio a conflitos de ordem pública. Na atualidade, a arbitragem possui embasamento legal,³³ inclusive presente em outras legislações voltadas ao serviço público, e prima pela efetivação dos

³² Os principais pontos-chaves da reforma gerencial da administração pública são: celeridade, inovação e produção resultados eficientes.

³³ A Lei n. 9.307/96 disciplina a arbitragem e os conflitos por ela regulados (vide Anexo A).

princípios positivados constitucionalmente, bem como do interesse coletivo (ou interesse público), que molda a base maior do Direito Administrativo do século XXI. Também é de se apontar que o rompimento com a administração burocrática conquistou expectativas mais que positivas, já que compreendia um modelo voltado a defender os interesses próprios do Estado e o patrimônio público — e de modo precário —, sem que colocasse o indivíduo como ponto nodal, além de barrar a entrada de qualquer instituto inovador no campo resolutivo litigioso.

É positivo ressaltar que graças ao modelo burocrático se pôde romper com toda a era patrimonialista, na qual tudo pertencia ao soberano, inclusive o próprio Estado. Não se poderia tratar de novas formas de resolução de conflitos se quem detinha todo o poder de mando era o próprio governante, sem nenhuma abertura ao plano democrático. O modelo estatizado, conquanto protetivo e atuante como divisor entre a coisa privada e a *res publica*, merecedor de méritos pelo combate ao patrimonialismo e por favorecer, ao final, a ascensão de uma democracia participativa, outrora se mostrou ineficiente. Seu apogeu se dera sob a égide de um Estado Mínimo, garantidor de direitos essenciais, mas que, sob o viés atual de mercado e de capital, dependia de novos parâmetros, de novas políticas públicas e de uma reestruturação no plano interno e no poder de autorregulação dos atos que perfazia.

As manifestações em prol das reformas estatais existentes ao longo de todo esse itinerário histórico brasileiro tinham, em primeiro plano, um modelo gerencial, embora o modo como os governos o empregavam o deturpava. É imprescindível que a Administração seja cada vez mais fortalecida, mas que se volte ao atendimento do cidadão e não somente ao plano fiscal. É mais urgente conservar e aperfeiçoar do que romper de uma vez por todas.

Os padrões gerais edificados para o modelo gerencial, sob a análise de Bresser Pereira (2006b, p. 265), possuem em três dimensões fundamentais: i) a modificação das bases legais, inclusive constitucionais; ii) a mudança de valores — de burocráticos a gerenciais —, que guardam íntegros os escopos *celeridade*, *inovação* e *eficiência*; iii) a gestão. Todos os três favoreceram — e ainda favorecem — para que a arbitragem passasse a ser cada vez mais admitida nos regramentos que nasceram a partir de 1988 e nos anos que sucederem 1996, após a publicação da Lei n. 9.307/96 — a Lei de Arbitragem.

Novos olhares começam a ser lançados às formas extrajudiciais de solução de conflitos e leis passam a incutir a arbitragem quando se está a atuar junto à esfera pública, em parceria com a privada. Rompe-se com ideais patrimonialistas, burocráticos e desenvolvimentalistas, que tinham como meta única o plano fiscal, e passa-se a traçar mecanismos focados na verdadeira — ou real — celeridade, inovação e, sobretudo, eficiência, adotados, de modo expresso, na EC n. 19, de 1998, distantes do patamar em que se assenta o Poder Judiciário, seja pela carência humana ou material ou pelas várias vertentes de julgamento que guarda.

Por outras formas de gestão da Administração, metas recentes e atualizadas são traçadas, ora focadas no melhor controlo dos atos públicos, pela sociedade, Poder Judiciário, entre outros, ora pelo aperfeiçoamento resolutivo frente à imensidão de negócios jurídicos efetivados junto à esfera privada, nestes abrindo-se cada vez mais espaço na legislação à arbitragem de conflitos de direito negocial.

2 DISPOSIÇÕES DE DIREITO MATERIAL PERTINENTES À ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A utilização da arbitragem como meio resolutivo de conflitos tem ganhado o espaço cada dia mais, tanto no campo doutrinário e jurisprudencial, como nos postulados legislativos lançados no cenário jurídico brasileiro. A abordagem do instituto frente às particularidades de direito material guardam respeito quando em meio a conflitos envolvendo esfera privada e Administração Pública, sob a ótica da Lei n. 9.307/96. Seus artigos iniciais espalham certa complexidade e merecem tratamento cuidadoso para que se possa partir à problemática maior, concentrada no tomo seguinte, que envolve a indisponibilidade de direitos e a sua previsão nos postulados legislativos atuais. Um esboço histórico e conceitual abrange tanto o âmbito constitucional como o infraconstitucional, nos quais são evidenciadas as Constituições Federais de 1824 a 1988, assim como os principais diplomas infraconstitucionais: o Código Comercial de 1850 e os Códigos Civil e de Processo Civil.

A análise da Lei de Arbitragem requer cuidado maior no tratamento enumerado em seus dois artigos iniciais, que contêm os principais elementos impositivos de barreiras à admissibilidade do instituto em meio aos conflitos envolvendo o Poder Público: i) a capacidade, tanto para ser parte quanto para se estar em juízo; e ii) a utilização de outras formas de julgamento da lide, inclusive internacionais; formas embasadas em princípios, usos e costumes e em normas de Direito Comercial Internacional.

A disponibilidade e a patrimonialidade, trazidas no art. 1.º, serão tratadas no capítulo seguinte, quando se adentra ao ponto de arrimo maior da Administração Pública: a indisponibilidade do interesse público. Não se questiona a possibilidade ou não de aplicação da arbitragem às causas que envolvem o Poder Público. Parte-se ao problema tendo-se como premissa maior a sua inquestionável admissibilidade, cabendo expor pontos ainda acinzentados que levam boa parte da doutrina a refutá-la.

2.1 A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir do momento em que se baniu de vez a autotutela e formas equivocadas de autocomposição processual e se passa a viver num mundo em que os bens s ão cada v ez mais escassos e a busca por patrimônio dia a dia mais incessante, é comum que interes ses diversos passem a confluir entre si, mai s tarde irrompendo-se num emaranhado de relações conflituosas.³⁴ No Poder Público, a todo o tempo inúmeros contratos são efet ivados, oriundos de processos licit atórios que compõem relações jurídicas de par ticipação entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, e que aumentam criticamente a evolução de conflitos, seja pelo s eu descumprimento ou pelo incisivo poder autorregulador que p ossui o Estado.

Ao passo que surgem controvérsias, cumpre ao Estado o papel fundamental de resolvê-las — de modo pací fico —, seja por meio da jurisdição ou por outros mecanismos também legais, conquanto ex trajudiciais, que ao longo dos anos vêm sendo reforçados, como a arbitragem, post o ainda existir carência humana e material dentro do Poder Judiciário.

Tem-se procurado alocar uma série de c onflitos para serem resolvidos por intermédio dela. Reformas legislativas têm se focado neste sentido, v ez que o legislador tem percebido quão necessário se faz percorrer por vias muito mais céleres de julgamento, menos burocráticas e pautadas por pratic idade. Trata-se de uma corrente em favor da arbitrabilidade, que se resume na subtração — ainda que de modo não absoluto — do poder jurisdicional.

2.1.1 A Arbitragem nas Constituições de 1824 a 1988

Presente no Brasil desde a C onstituição do Império de 1824,³⁵ a arbitragem sempre foi posta de modo expr esso como meio de resolução pacífica de conflitos, conquanto de pouca — ou nenhuma — aplicabilidade no campo prático, fosse pelo

³⁴ A noção do termo *conflito* reside em qualquer desentendimento acerca de um ponto de fato ou de direito. Dinamarco (2005, p. 168-171) coloca o termo com o *crise jurídica*, seja de certeza, de adimplemento ou de situação fática. No meio arbitral em nada difere: consiste no “de sacordo sobre um ponto de Direito ou um ponto de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas” (CRETELLA NETO, 2004, p. 1).

³⁵ Cf. art. 160 da Constituição de 1824: “nas cíveis e nas penaes civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juizes Árbitros. Su as sentenças serão executadas sem recuso, se assim o convencionarem as mesmas partes” [sic].

total desconhecimento ou pelo temor em se usar de mecanismos diversos do Poder Judiciário.³⁶

Ao tratar do tema, Ferraz (2008, p. 15) destaca dois motivos principais por que esse descrédito fosse reforçado:

i) a cláusula compromissória não constituía uma obrigação de fazer (submeter o litígio à arbitragem), mas mera promessa que, se não cumprida, se convertia em perdas e danos;

ii) a sentença arbitral deveria, obrigatoriamente, ser homologada pelo Poder Judiciário.

Pouco valia a inserção da arbitragem nos contratos efetivados se o Estado não dispunha de mecanismos que a tornasse obrigatória às partes. No período Republicano, sob a vigência da Constituição Federal de 1891, ante a pouca ou nenhuma aplicabilidade nos contratos e negociações firmadas em território nacional, o instituto acabou sendo omitido quase por completo do seu texto, ganhando sucinto espaço em seu art. 34, 11.º, conquanto relacionado intimamente ao estado de guerra, o que leva a crer estar melhor direcionado a conflitos na órbita internacional, de ordem comercial, e à busca da paz.³⁷ Não se pode deixar de observar que parte daqui o fato de ser visto como mecanismo amigável de solução de conflitos, ao lado da mediação, conciliação e negociação.³⁸ Se não se podia manifestar a obrigatoriedade da cláusula compromissória quando em meio a conflito negocial particular, tratou o legislador constituinte de reduzi-la aos momentos de maior cuidado do Estado, de modo que cada vez mais se mantivesse a tranquilidade em território brasileiro.

Com a publicação da Constituição de 1934, nada de novo foi trazido,³⁹ embora com relevância um tanto maior ao setor comercial, devido às crescentes

³⁶ Não se pode deixar de mencionar que já nas Ordenações Filipinas, de 1603, em período de colonização portuguesa, a arbitragem era presente (FERREIRA NETTO, 2008, p. 19).

³⁷ Cf. art. 34, 11.º da Constituição Federal de 1891: “compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] autorizar o governo a declarar guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz”.

³⁸ Embora também constituam formas amigáveis de solução de conflitos, a mediação, a conciliação e a negociação não serão tratadas neste trabalho.

³⁹ Cf. art. 4.º da Constituição de 1934: “o Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento; e não se empenhará jamais em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação”.

lutas por mudanças no modelo burocrático de Administração Pública.⁴⁰ Inclusive o Protocolo de Genebra, ratificado em 1932, pelo Decreto n. 21.187, alienava claramente o instituto às relações unicamente mercantis (SAMTLEBEN, 1999, p. 34). Nesta mesma época, embora incipientes, começavam a surgir correntes pela descentralização do modelo indireto de Estado, com regras diversas ou inversas ao padrão de administração mantido até o momento (BREUSSER PEREIRA, 1998, p. 165), mais tarde alavancadas pelo Decreto-lei n. 200, de 1967, dando abertura ao modelo desenvolvimentalista. Grandes monopólios começavam a se formar, o que aumentava ainda mais a quantidade de contratos firmados junto ao Poder Público, dando margem a conflitos de naturezas diversas. Embora não se mantivesse um Judiciário forte para julgar litígios negociais, tampouco se reforçava medidas favorecedoras da obrigatoriedade de imposição de juízo arbitral.

Em 1937, ano da publicação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, a arbitragem sequer foi mencionada, diferentemente do que ocorreu no Documento Federal de 1946, que neste, em seu art. 4.º,⁴¹ mais uma vez se voltava a relacioná-la a períodos de guerra internacional, o que restaria patente e muito mais explícito com a Constituição de 1967,⁴² seguida da Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Esta, em seu art. 7.º,⁴³ dispunha quase como obrigatoriedade para que os Estados, em situação conflituosa — e antes de qualquer outro meio resolutivo —, buscassem da arbitragem, delineada como forma pacífica de solução. À época, o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE n. 58.696, datado de 1967, a título de exemplo, manifestava-se com entendimento desfavorável à sua instituição nos conflitos negociais:

⁴⁰ Referida Lei também trazia, em seu art. 5.º, XIX, c, breve menção quanto à competência da União em legislar sobre arbitragem, em matéria comercial: “compete privativamente à União: [...] XIX – legislar sobre: [...] c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo”.

⁴¹ Cf. art. 4.º da Constituição Federal de 1946: “o Brasil só recorrerá à guerra se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito [...]”.

⁴² Cf. art. 7.º da Constituição de 1967: “os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe”.

⁴³ Cf. art. 7.º da EC n. 01/69: “os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe”.

Cláusula compromissória (*pactum de compromitendo*) ainda não é o compromisso constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar. Trata-se de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos [...].⁴⁴

Ainda que fosse pactuada a cláusula compromissória, a Corte Excelso reconhecia a necessidade de remessa do documento ao Poder Judiciário para que fosse efetivado o compromisso, sob pena de condenação por perdas e danos da parte dissidente.

Sempre se procurou manter a arbitragem no canto menor de muitos escritos constitucionais brasileiros, condicionando-a ao estado de guerra ou a relações comerciais sem amplitude, por ser reconhecida como mecanismo pacífico e de negociação não extrema, conquanto de pouca aplicabilidade prática. Esta situação instável perdurou até 1996, com a publicação da Lei de Arbitragem, pouco após a vinda da Constituição Federal de 1988. Nesta, a arbitragem, embora de modo implícito, encontra-se albergada em meio aos principais regramentos do Estado brasileiro, precisamente em seu art. 4.º, VII, que, embora a agregue novamente à solução pacífica de conflitos, seja em âmbito nacional ou internacional,⁴⁵ não mais se força a sua relação à guerra. Até no Direito do Trabalho a arbitragem passou a ser utilizada.⁴⁶

A trajetória histórica do instituto no seio constitucional brasileiro demonstra que foi crescente a busca pela particularização do poder de julgar deixado pelo Estado às partes, que, a partir da publicação da Constituição de 1988 e da Lei de Arbitragem, podem eleger árbitros para que do problema resolvam, de forma mais célere e desburocratizada, conquanto ainda sejam mantidos pontos complexos, sobretudo em matéria infraconstitucional.

2.1.2 A Arbitragem na Legislação Infraconstitucional

Sem desprezar as origens da arbitragem na História, como no período romano e grego — seus maiores berçoes genitores —, que aqui carecem de espaço

⁴⁴ Sobre esses aspectos, vide na íntegra o RE n. 58.696. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 set. 2011.

⁴⁵ Cf. art. 4.º, VII da Constituição Federal de 1988: “a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII – solução pacífica dos conflitos”.

⁴⁶ A Constituição Federal de 1988, em seu art. 114, § 1.º, traz a arbitragem relacionada ao Direito do Trabalho, uma vez frustrada a negociação coletiva.

para um comento pormenorizado, há que situá-la nos modelos negociais brasileiros, que ganham maior alavancar a partir da vigência do Código Comercial, em 1850, que se mantém em plena aplicabilidade até a atualidade, sob a Lei n. 556, de 25 de junho de 1850, embora com parte revogada pelo Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/02). No Diploma Comercial, seus arts. 846 e 847 traziam expressamente a obrigatoriedade de adoção de juízo arbitral nas relações negociais efetivadas (FERREIRA NETTO, 2008, p. 20).⁴⁷ Em 21 de junho de 1945, com a entrada em vigor da Lei de Falências (Decreto-lei n. 7.661/45), tais dispositivos foram abrogados, mantendo-se a mesma situação quando da publicação da Lei n. 11.101, em 9 de fevereiro de 2005, atual Lei de Falências. À época de validade integral do Código, todos os atos eram regulados pelo Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, que do mesmo modo destinava um título especial ao juízo arbitral.⁴⁸

O Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939), revogado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, trazia a arbitragem em seu Livro IX, arts. 1.031 a 1.046. Conquanto houvesse vasto campo, tampouco ganhava o plano prático, fosse pelo desconhecimento ou pelo clamor de se levar ao Judiciário todas as formas de conflitos emergentes, inclusive aquelas de cunho negocial, erigidas entre particular e Poder Público.

Cada vez mais se iniciavam novas reformas no campo administrativo, mas sem que trouxessem metas bem edificadas acerca de possíveis traços extrajudiciais de resolução de conflitos, ainda que constitucionalmente fossem previstos. Nem mesmo no modelo desenvolvimentista, com alto índice de descentralização e substituto forte do arquétipo burocrata, foram previstas maiores alterações. Havia, sem maior desprezo, um crescente alavancar no campo privado, que cada dia mais ganhava alguns degraus, pelo grande avanço do mercantil, inclusive de âmbito

⁴⁷ Cf. arts. 846 e 847 do Código Comercial de 1850, respectivamente: “na segunda reunião dos credores, apresentados os pareceres da Comissão e Curador fiscal, e não se oferecendo dúvida sobre a admissão dos créditos constantes da lista, e havidos por verificados para o fim tão somente de habilitar o credor para poder votar e ser votado, o Juiz comissário proporá à deliberação da reunião o projeto de concordata, se o falido o tiver apresentado. Porém, se houver contestação sobre algum crédito, e não podendo o Juiz comissário conciliar as partes, se louvarão estas no mesmo ato em dois Juizes árbitros, os quais remeterão ao mesmo Juiz o seu parecer, dentro de cinco dias. Se os dois árbitros não se conformarem, o Juiz comissário dará vencimento com o seu voto àquela parte que lhe parecer, para o fim sobretudo somente, e de sua decisão arbitral não haverá recurso algum; Li da em nova reunião a sentença arbitral, se passará seguidamente a deliberar sobre a concordata, ou sobre o contrato de união (art. 755)”.

⁴⁸ Cf. art. 411, §§ 1.º e 2.º do Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850: “o Juízo arbitral ou he voluntario ou necessario: § 1.º He voluntario quando he instituido por compromisso das partes. § 2.º He necessario nos casos dos Artigos 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Codigo Commercial, e em todos os mais, em que esta fórma de Juizo he pelo mesmo Codigo determinada” [sic].

internacional. Do mesmo modo, já eram resolvidas relevantes controvérsias entre Poder Público e particular por seu intermédio, geralmente frente aos serviços delegados pelo Estado em matéria ferroviária e fluvial.

Como o Poder Judiciário se tornava cada vez mais abarrotado de demandas, não era incomum a insatisfação gerada entre os grandes e pequenos empresários, que, após o rompimento das barreiras impostas pelo Estado Liberal, passaram a avançar em pé de igualdade no comércio nacional e internacional. Ainda hoje, em que pesem todas as beneficências apontadas com relação à arbitragem, há despertar de maior interesse entre empresas, com certeza pela celeridade que necessitam, já que as pequenas classes de pessoas ainda persistem em implorar ao Judiciário a solvência de seus litígios (CAETANO; PAASHAUS, 2006, p. 114).

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, vigente até a atualidade, seus arts. 1.072 a 1.102 abordavam, amplamente, o instituto, com reforço ao que trazia o Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916), que também se dedicava a delinear os seus traços gerais, em seu Capítulo X — Do Compromisso —, regido pelos arts. 1.037 a 1.048. Este Diploma foi, mais tarde, revogado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Antes, porém, da entrada em vigor do atual Código Civil, foi publicada a Lei de Arbitragem, em 1996, sob o n. 9.307, reforçada pela via de pacificidade trazida pelas Constituições ao longo da História. Os artigos do atual Código restaram revogados, bem como os correspondentes no Diploma Processual. De tais leis sobejaram apenas os arts. 851 a 853 daquele, que, de modo sucinto, delineiam a validade do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, antes rechaçada na sua totalidade, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal,⁴⁹ fato que deixava à deriva a sua aplicabilidade ou sua permissibilidade frente aos negócios jurídicos efetivados.

⁴⁹ Na atualidade, venceu-se a controvérsia acerca da aplicabilidade da arbitragem nos litígios privados sobre matéria de direito disponível, depois de interposto o Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7, primando a Corte Suprema, após votação, por sua constitucionalidade, à data de 12 de fevereiro de 2001. Em sessão, discutia-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6.º, art. 7.º e parágrafos, art. 41 e art. 42, todos da Lei n. 9.307/96. Como se tratava de pedido de homologação de sentença estrangeira, manifestaram nesse favor os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, todos vencidos após o *decisum*, que pôs a Lei como constitucional. Para maiores esclarecimentos, vide AgRegSE n. 5.206-7. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 set. 2011. Na atualidade, a homologação de sentenças estrangeiras cabe ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), com redação estabelecida pela EC n. 45, de 2004, que alterou o art. 105, I, *ii* da Constituição Federal, derogando, do mesmo modo, o art. 15, *e* do Decreto-lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

É prudente observar que a arbitragem cada dia mais passou a favorecer diretamente as relações comerciais privadas, principalmente quando pactuadas por meio contratual, frente ao abarrotamento processual que ocorria e ainda ocorre no Poder Judiciário, seja em instância primeira ou última. Por se tratar de meio resolutivo heterocomposto, é importante ressaltar as principais ponderações da lei que lhe deu vida.

2.1.3 A Lei de Arbitragem: Aspectos Gerais Frente às Tutelas de Direito Privado e de Direito Público

A Lei de Arbitragem integra o sistema normativo infraconstitucional brasileiro, conquanto se já conveniente tratá-la de modo apartado, pelas particularidades que traz. Dentre todos os diplomas legais por que passou a arbitragem na História, somente se pôde devidamente concretizá-la no Brasil como instituto de direito material e, ao mesmo tempo, processual, a partir da sua publicação, em 23 de setembro de 1996. Desde então, trouxe importantes mudanças quanto às formas de resolução de conflitos de interesses até então existentes.

O passado arbitral no Brasil nem sempre foi complacente, principalmente frente aos principais modelos constitucionais e infraconstitucionais existentes. A Lei de Arbitragem tratou de organizar e reger no todo o mecanismo privado, revogando ou derogando artigos pertinentes à matéria nos Códigos Civil e de Processo Civil, inclusive dispositivos pertencentes a legislações extravagantes.

Esta amplitude com que veio ao cenário jurídico é melhor explicada pelos ensinamentos de Muniz (2006, p. 44):

Atualmente, a Lei 9.307/96 regula a matéria nas questões cíveis e penais, revogando expressamente os artigos pertinentes do Código Civil e de Processo Civil. Suas disposições abrangem toda a arbitragem, desde a capacidade para realizar a convenção arbitral até a instalação e decisão do juízo arbitral, assim como as normas referentes ao reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras.

A Lei de Arbitragem decorreu de um Projeto de Lei do Senador Marco Maciel,⁵⁰ sob o n. 78, de 1992. Foram consultadas leis e diretrizes de âmbito internacional, com ênfase maior às estipuladas pela Organização das Nações Unidas (ONU), bem como pela Convenção para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de Nova York, e pela Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial, do Panamá (GUILHERME, 2003, p. 62). Ao longo de seus quarenta e quatro artigos, a Lei dispõe desde o objeto da arbitragem, ponto de maior cuidado no trato de controvérsias envolvendo o Poder Público, até dispositivos de ordem genérica, semelhantes ao sistema processual adotado no Brasil, tais como nulidades, capacidade, sentença e coisa julgada. É por este motivo que se trata a arbitragem não só como instituto de direito material, mas também processual.

Ao passo que se intenta transpor a aplicabilidade da arbitragem às controvérsias que emergem da Administração Pública, deve-se analisar, primeiramente, os dispositivos insertos na própria Lei, para, a partir daí, pô-los frente à sistemática pública adotada pela legislação brasileira, que prima pela indisponibilidade do interesse público, princípio de ordem suprema alcançado a partir das reformas edificadas desde o início do século XX até o período atual, de natureza gerencial, que preza, acima de tudo, pela consecução de eficácia, inovação e celeridade, dizimando de uma vez por todas as garantias únicas prestadas pelo Estado Mínimo ou frente às barreiras comerciais albergadas no modelo Liberal. Não se trata de expor amplos aportes explicativos, mas as suas características principais, bem porque até a doutrina acaba em confluência de ideias.

A origem da palavra *arbitragem*, embora se ligue a termos como *juiz* ou *jurado*, ainda se mantém incerta, inclusive a sua gênese. Não se pode afirmar que o simples fato de se cogitar a presença de árbitros em eras passadas significava dizer que já se fazia presente. Muitas afirmações encontram-se voltadas à sua existência em épocas bárbaras, mas a melhor proposta é aquela que coloca como berço genitor a Grécia. Lá, em todas as vezes que pairavam controvérsias, inclusive frente à própria crença mitológica, uma terceira pessoa era chamada a intervir, fugindo-se do modo autocomposto. Passou-se até mesmo a inserir alguns instrumentos julgadores nas cidades que se formavam ao redor. Mais tarde, isso foi extensamente

⁵⁰ O Senador Marco Maciel, além de advogado, é professor titular de Direito Internacional Público da Universidade Católica de Pernambuco. Foi o principal mentor do projeto de lei que deu gênese à regulamentação da arbitragem no Brasil, por meio da Lei n. 9.307/96.

alargado pela expansão comercial romana, de abrangência internacional. Nesta época, a arbitragem funcionava como meio pacífico, arraigada a um procedimento puramente contratual, conquanto sob nenhuma lei se dependurasse o árbitro para julgar (MUNIZ, 2006, p. 19-22).

Com o crescimento comercial, cada dia mais se formavam ajustes contratuais — acordos de vontade —, e, à medida que as relações se alastravam, mais incidiam conflitos. Como não se possuía instrumentos executórios eficazes ou políticos capazes de compelir as partes vencidas em processos a adimplirem as suas obrigações, via-se na arbitragem uma forma equivalente muito mais viável, que caminhava por vias unicamente pacíficas, nas quais predominava a autonomia da vontade, preterindo-se cada vez mais a autotutela. Começava a nascer um método verdadeiramente heterocomposto, antes mesmo da jurisdição.

Não se pode realmente precisar que a arbitragem tenha se formado em séculos antigos, simplesmente por haver um interventor nas relações conflituosas ou por ser, ainda na atualidade, “um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros” (CRETELLA NETTO, 2004, p. 11). O que se pode afirmar é que havia uma tendência em se usar de métodos menos complexos quando diante de conflitos de ordem negocial.

Ao se expressar um conceito sobre arbitragem, não se pode desprezar que, ainda que seja tida como meio, mecanismo ou método extrajudicial de resolução ou solução de conflitos, não se afasta o Poder Judiciário, que deverá verificar possíveis nulidades à sentença arbitral, determinar medidas coercitivas, quando pedidas pelo árbitro, decidir sobre indisponibilidade de direitos ou atuar no seu controle como *custus legis*, junto dos demais mecanismos.

A arbitragem figura como meio pacífico de resolução litigiosa, que usa dos mesmos difusores processuais jurisdicionais, com exceção dos atos de força e executórios, bem como de toda a ordinarização que lá se faz patente, vez que prima pela celeridade acima de qualquer outro escopo. Ainda que possua lide, a forma como se dissolve é, como regra, amigável, por intermédio de terceira pessoa, escolhida pelas próprias partes, sob sua confiança — o árbitro —, a qual, após

efetivar o pleno aceite,⁵¹ julgará tudo aquilo que envolver direitos ou interesses patrimoniais disponíveis.

Sob um conceito extraído dos estudos de Carmona (2004, p. 51), tem-se que:

[Trata-se de] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.

No mesmo sentido é o entendimento de Cachapuz (2000, p. 23):

[Consiste em] foro privilegiado e propício para a composição amigável ou para a convergência dos esforços dos litigantes no sentido de alcançarem rapidamente, sem descuidar dos valores maiores que são a segurança e a justiça da decisão, a solução final da lide, tendo em vista que, quase sempre, ambos têm interesses na resolução do conflito, que, não raras vezes, envolve quantias vultosas de dinheiro, com inúmeros efeitos diretos e reflexos.

Não se intenta transpor a sua utilização a causas que versem sobre direitos indisponíveis,⁵² bem porque possuem vedação expressa pela própria Lei de Arbitragem e por normas extravagantes. Deve-se encontrar, ainda que em meio à indisponibilidade, porções disponíveis, como ocorre em muitos dos conflitos que envolvem o Poder Público. Resume-se em alcançar a disponibilidade na indisponibilidade, que não se mostra absoluta.

⁵¹ O art. 19 da Lei de Arbitragem trata do *contrato de arbitragem*, que se forma entre o(s) árbitro(s) e as partes, quando do seu aceite: “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

⁵² Assim entendidos aqueles direitos cujos titulares não podem dispor ou transigir, como as questões de estado (filiação, matrimônio), bem como aquelas envolvendo direitos metaindividuais (supraindividuais ou transindividuais). Segundo informam os arts. 851 a 853 da Lei n. 10.406/02, respectivamente: “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”. “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

2.2 CAPACIDADE, UTILIZAÇÃO DE LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA E FORMAS DIFERENCIADAS DE JULGAMENTO PRESENTES NOS ARTS. 1.º E 2.º DA LEI DE ARBITRAGEM

Dentre todas as particularidades que trouxe a Lei de Arbitragem, algumas ponderações são necessárias explicitar quando se remete a tratar de conflitos em âmbito administrativo e da possibilidade de utilização da arbitragem para a sua resolução, principalmente pelo viés contratual que possuem, tanto o instituto quanto a maioria dos negócios jurídicos efetivados.

O tratamento disposto nos arts. 1.º e 2.º da Lei é pertinente ao restringi-la à resolução de conflitos de ordem unicamente patrimonial disponível, bem como à possibilidade de utilização de outras formas de julgamento da lide. O choque que pode ocorrer diante dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade é ponto que precisa ser bem fundamentado, além de outras regras processuais inseridas em sua sistemática. Questões de fundo e que merecem maior cuidado serão tratadas no capítulo seguinte.

2.2.1 Da Capacidade e da Utilização de Legislação Estrangeira

O primeiro dos vários problemas que se deve enfrentar no estudo da arbitragem frente à resolução de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público e de direito privado refere-se à capacidade, tanto para contratar quanto para ser parte em juízo arbitral, constante do art. 1.º da Lei de Arbitragem.⁵³ É também prudente que sejam analisadas, conjuntamente, as disposições contidas em seu art. 2.º,⁵⁴ pois se referem diretamente ao princípio da legalidade, que norteia toda a atuação do Poder Público.

Inicialmente, vários são os questionamentos: a) seria facultado às partes escolher a legislação aplicável quando em face de conflitos envolvendo a Administração Pública?; b) poderiam as partes fazer uso de legislação estrangeira,

⁵³ Cf. art. 1.º da Lei n. 9.307/96: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁵⁴ Cf. art. 2.º, §§ 1.º e 2.º da Lei de Arbitragem: “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1.º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2.º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

vertentes principiológicas, equidade, usos e costumes e normas de Direito Comercial Internacional ao resolverem conflitos de ordem pública por meio da arbitragem?

Ao se partir de uma ordem inversa de interpretação do art. 1.º da Lei, passa-se à análise da capacidade das partes. Sob o entendimento de CreteIla Neto (2004, p. 55), “a capacidade para contratar coincide, em geral, com a capacidade das pessoas⁵⁵ para a prática dos atos da vida civil”.⁵⁶ O autor ainda alerta para o seguinte fato:

Em determinadas circunstâncias, aqueles civilmente capazes podem estar impedidos de firmar contratos, como, por exemplo, os sócios da empresa em processo falimentar, pois, desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do sequestro, o comerciante devedor perde o direito de administrar seus bens ou deles dispor [...]. (CRETELLA NETO, 2004, p. 55).⁵⁷

Tanto o ato de contratar quanto o de ser parte em processo arbitral são regulados pelos Códigos Civil e de Processo Civil. Conforme dispõe o art. 12, I e II da Lei Processual,⁵⁸ em sendo parte a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os Territórios,⁵⁹ a representação em juízo será feita por seus procuradores.⁶⁰ Segundo defende Carmona (2004, p. 55), os particulares, quando em contrato com o Poder Público, partindo-se da premissa de que, como regra, sempre haverá transigência ou disponibilidade de direitos ou bens, não poderão usufruir a arbitragem se incapazes (nem mesmo se representados ou assistidos). A menção, no entanto, é equivocada, já que é plenamente possível que pessoas menores constituam sociedade, desde que devidamente representadas ou assistidas, com capital social totalmente integralizado e que não possuam atividades

⁵⁵ O vocábulo *Pessoas*, nesse caso — inclusive frente ao art. 1.º da Lei de Arbitragem —, deve ser entendido de modo amplo: pessoas físicas e pessoas jurídicas (sobre este assunto, vide CRETELLA NETO, 2004, p. 27-28).

⁵⁶ A capacidade para contratar encontra-se delineada pela Lei n. 10.406/02 (Código Civil), em seus artigos iniciais. A capacidade para ser parte em qualquer demanda processual encontra berço na Lei Processual, vigente sob o n. 5.869/73 — Código de Processo Civil —, a partir do seu art. 7.º.

⁵⁷ Há outros fatores condicionantes da incapacidade, presentes no Código Civil, que, se não representada ou assistida, provocará a nulidade ou a anulabilidade do negócio jurídico efetivado.

⁵⁸ Cf. art. 12, I e II do Código de Processo Civil: “serão representados em juízo, ativa e passivamente: I – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II – o Município, por seu Prefeito ou procurador”.

⁵⁹ Atualmente, não há Territórios no Brasil, conquanto não impeça a lei a sua criação (vide art. 18, §§ 2.º e 3.º, art. 33 e art. 48, VI, todos da Constituição Federal de 1988; vide arts. 14 e 15 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

⁶⁰ No caso de ser parte o Município, poderá o Prefeito, do mesmo modo, fazer a sua representação em juízo (cf. art. 12, II do Código de Processo Civil).

de gerência ou administração. O art. 5.º, parágrafo único, in ciso V do Código Civil ⁶¹ regula matéria equivalente, trazendo à maioria aquele que possuir estabelecimento comercial e economia própria, a partir dos 16 (dezes seis) anos completos.

A Lei Processual Civil também gizou — de modo genérico —, em seu art. 36, a exigibilidade de advogado para ambas as partes: de direito público e de direito privado.⁶² Embora não seja obrigatória no procedimento arbitral a sua presença, a Lei de Arbitragem, em seu art. 21, § 3.º, ⁶³ deixou aberta a sua inserção para que pudesse ser admitido no processo sem maiores óbices.

O advogado possui ampla possibilidade de participação no juízo arbitral, seja como procurador de uma das partes, como seu consultor ou do órgão arbitral e até como árbitro.⁶⁴ Interessa para o caso a sua participação como procurador das partes. Nesta função, “o profissional do direito defenderá os interesses de seu cliente no juízo arbitral tal qual o faria no processo judicial estatal” (CARMONA, 2004, p. 255).⁶⁵

Ao se tratar de causas arbitrais que envolvam a Administração Pública, a proteção constitucional da utilização de advogado é fundamental, pois se está diante de demandas que têm, além do Estado, a coletividade. Inclusive em matérias de cunho privado a sua dispensa é ato a ser repensado no mundo contemporâneo, principalmente pela complexidade que cada vez mais toma conta das relações negociais e dos próprios conflitos.

⁶¹ Cf. art. 5.º, p. único, V do Código Civil: “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: [...] V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”.

⁶² Cf. art. 36 do Código de Processo Civil: “a parte será representada e em juízo pelo advogado legalmente habilitado. [...]”.

⁶³ Cf. art. 21, *caput*, e seu § 3.º, ambos da Lei de Arbitragem: “a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. [...] § 3.º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral”.

⁶⁴ O art. 1.º, II da Lei n. 8.906/94 prevê a participação indispensável de advogado como assessor da parte, que aqui se remete, sem qualquer problema, ao juízo arbitral: “são atividades privativas de advocacia: [...] II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

⁶⁵ Embora a lei se cale a respeito, pode o árbitro usar dos mesmos recursos concedidos ao juiz pelo art. 497, V do Decreto-lei n. 3.689/41 (Código de Processo Penal): “são atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri [...]: [...] V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor”.

Carmona (2004, p. 256), em seus estudos, traz o seguinte entendimento:

Ninguém nega a importância que o advogado poderá ter no desenrolar de um procedimento arbitral, especialmente considerando que este meio de solucionar controvérsias atingirá ordinariamente causas de certa complexidade, tudo a exigir conhecimentos técnicos aprofundados. Será difícil, efetivamente, imaginar uma arbitragem, de porte médio que seja, sem a presença direta e constante do advogado.

Diante da abertura cada vez maior que se dá aos contratos atípicos, garantidos pela Lei Civil brasileira,⁶⁶ faz-se jus, na arbitragem, a presença do advogado, indispensável à ordem pública; administrador fiel da justiça.⁶⁷ Ressalvas feitas à arbitragem privada, cuja obrigatoriedade não deve sobrepor-se à autonomia da vontade.

Fazem-se, no entanto, necessárias algumas ressalvas que no procedimento arbitral devam ser seguidas, diversas do procedimento jurisdicional: a) em regra, não há necessidade de exaltação do advogado em suas falas e escritos;⁶⁸ b) é indispensável que conheça mais de um sistema jurídico, conquanto seja ponto complexo frente às lides opostas à Administração Pública; c) não poderá agir em procrastinação,⁶⁹ visto que o procedimento arbitral prima pela celeridade como o maior de seus escopos.⁷⁰

⁶⁶ O art. 425 do Código Civil garante a feitura de outras espécies de contrato, desde que sejam observadas as normas gerais pertinentes: “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

⁶⁷ O art. 2.º da Lei n. 8.906/94 demonstra a responsabilidade do advogado em face dos conflitos de interesses: “o advogado é indispensável à administração da justiça”. Do mesmo modo, o art. 133 da Constituição Federal de 1988 assim o faz.

⁶⁸ Analogicamente, inexistente hierarquia entre advogados e árbitros ou mesmo em face dos serventuários que corroboram com o Tribunal Arbitral, nos termos do art. 6.º e parágrafo único da Lei n. 8.906/94: “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho”. Note-se que a Lei de Arbitragem, em seu art. 18, equipara o árbitro ao juiz togado.

⁶⁹ Do mesmo modo que no procedimento jurisdicional civil (CPC, art. 535), à sentença arbitral cabem embargos declaratórios dirigidos ao próprio árbitro, conquanto no prazo máximo de cinco dias (Lei n. 9.307/96, art. 30). Ainda que nada mencione a Lei de Arbitragem sobre a sua utilização como meio unicamente protelatório, pode o árbitro, em analogia ao art. 538, p. único do Código de Processo Civil, impor multa à parte que assim o fizer ou pretender fazê-lo.

⁷⁰ Agir em desacordo com a celeridade de atender, inclusive, norma de direito fundamental, proclamada no art. 5.º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, que preza pela garantia da razoável duração do processo.

Em que se ser complexa a utilização de outro ordenamento jurídico nas causas em que figura como parte o Poder Público brasileiro, Cretella Neto (2004, p. 13) adota o seguinte posicionamento:

O chamado Código de Bustamante, de 1928, acordo amplo sobre direito internacional civil, comercial penal e processual vigora entre 15 países da América Latina, dentre eles, o Brasil. Em dois de seus artigos (arts. 210 e 211), o Código dispõe sobre a jurisdição arbitral, e o art. 432 determina que suas disposições sobre homologação mútua e execução de decisões também se aplicam aos laudos arbitrais promulgados em um dos países contratantes, na medida em que o objeto seja passível de arbitragem, de acordo com o ordenamento jurídico do país em que deve ser executado.

A questão, conquanto admitida pela doutrina, não é de simples resolução. A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942) disciplina alguns pontos importantes em seus arts. 8.º e 9.º: a) em se tratando de demanda que envolva bens, aplicar-se-á a lei do país onde se situam (note-se que o dispositivo não faz qualquer menção se bens móveis ou imóveis⁷¹);⁷² b) frente às obrigações pactuadas, obedecer-se-á a lei do país onde forem constituídas.⁷³ Poder-se-ia, ainda, pensar num problema maior quanto ao § 1.º do seu art. 9.º: “destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato”. Entretanto, seu § 2.º esclarece qualquer dúvida nesse sentido: “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

De todos os atos que pratica a Administração Pública e que envolvam acordos de vontades para a formação de obrigações, nenhum deles, salvo raras exceções,⁷⁴ será realizado sem que haja processo licitatório, e, posteriormente, a efetivação contratual. É positivo, nesse sentido, o que explica Meirelles (2010, p. 279-280, grifo do autor): “o contrato administrativo exige *licitação prévia*, só

⁷¹ Cabe ressaltar que a própria Lei de Introdução, em seu art. 12, § 1.º, ressalva a competência absoluta da autoridade brasileira para julgar demandas cujos bens imóveis estejam situados no Brasil: “só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil”.

⁷² Cf. art. 8.º, *caput*, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”.

⁷³ Cf. art. 9.º, *caput*, da Lei de Introdução: “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

⁷⁴ Há casos expressos em lei que dispensam o procedimento licitatório (sobre este assunto, vide art. 24 da Lei n. 8.666/93).

dispensada ou inexigível nos casos expressamente previstos em lei”. Do mesmo modo dispõe o parágrafo único do art. 2.º da Lei n. 8.666, de 1993.⁷⁵ A Lei de Introdução também determina, em seu art. 11, § 1.º,⁷⁶ que as empresas que queiram manter suas filiais no Brasil deverão submeter-se às leis nacionais. Seu art. 12 ainda obriga que, ao se julgar demandas cujo réu esteja domiciliado no Brasil ou mantenha com este vínculo obrigacional, ainda que estrangeiro, aplicar-se-á a lei brasileira.⁷⁷

Todas essas disposições levam a crer, inicialmente, que a Administração Pública, ao estabelecer vínculos contra tuais passíveis de resolução pelo juízo arbitral, usufrua as normas brasileiras, com ênfase à Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), quando a obrigação se der ou tiver de ser cumprida em solo nacional, ainda que seja a outra parte pessoa estrangeira. Não se deve desprezar, contudo, as disposições contidas na Lei de Arbitragem quanto à possibilidade de escolha, pelas partes, do ordenamento jurídico a ser utilizado,⁷⁸ conquanto não possa afetar o pilar maior imposto pela Constituição Federal de 1988: a soberania nacional.⁷⁹ Seria ato danoso sujeitar o Poder Público brasileiro ao mando de outro Estado, ainda que se trate de demanda unicamente comercial, permeada pela autonomia da vontade.⁸⁰ Além disso, a Lei de Arbitragem não se refere somente à escolha da lei material, mas também da lei processual (AMARAL, 2010, p. 335).

⁷⁵ Cf. art. 2.º e parágrafo único da Lei de Licitações: “as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

⁷⁶ Cf. art. 11, § 1.º da Lei de Introdução: “não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira”.

⁷⁷ Cf. art. 12 da Lei de Introdução: “é competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”.

⁷⁸ Cf. §§ 1.º e 2.º do art. 2.º da Lei de Arbitragem, respectivamente: “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

⁷⁹ A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1.º, traz como ordem bússola a soberania do Estado: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania”. No mesmo sentido, a Lei de Introdução, em seu art. 17, faz a ressalva: “as leis, atos e sentenças de outros países, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

⁸⁰ Nesse sentido, vide art. 17 da Lei de Introdução.

Sabe-se que não é impossível, tampouco vedado, que a Administração Pública contrate com empresas estrangeiras que não possuam sede no Brasil. Seria aconselhável, inicialmente, pautar-se pelo emprego dos Acordos, Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelos Estados, sob determinação da Constituição Federal de 1988⁸¹ e da Lei de Licitações.⁸²

Caso interessante é posto por Garcez (2007, p. 79) frente ao problema: trata-se da celebração de contrato entre o Estado de Minas Gerais e a Empresa Fiat, com sede na Itália. Por absoluta insistência desta, acabou-se por pactuar convenção de arbitragem para que fossem dirimidos possíveis conflitos negociais. Segundo dispunha a cláusula n. 8.6 do contrato, “as partes procurarão resolver entre si, por via amigável, todas as controvérsias que possam surgir em relação à execução e/ou interpretação e/ou rescisão do presente Acordo”. A cláusula ainda continha a seguinte menção: “a Comissão de Arbitragem terá sede em Paris”. A partir deste exemplo, é possível até mesmo determinar que o foro eleito no contrato para dirimir conflitos por meio de arbitragem seja o estrangeiro.

Outra questão também reside no que determina o § 2.º do art. 55 da Lei de Licitações: “nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual [...]”. Eros Grau (2002b, p. 395-405), em seus estudos, sustenta que inexistente unidade de jurisdição ao se pactuar a arbitragem entre Administração Pública brasileira e esfera privada internacional. Segundo aponta, não se encerra a jurisdição nacional, de modo que não se poderia ser invocada suposta imunidade; e o fato de se efetivar contrato de ordem

⁸¹ O art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de o Brasil se submeter às normas contidas em Tratados, Acordos e Convenções Internacionais: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁸² Cf. § 5.º do art. 42 da Lei n. 8.666/93: “para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior”.

administrativa não impede que se eleja foro diverso do nacional, nem mesmo barre a adoção de juízo arbitral sob as suas leis.

Não é difícil confundir as evidências apontadas com o que dispõe o § 2.º daquele dispositivo. A terminologia *Administração*, empregada pela Lei, conquanto se refira à Administração Pública brasileira, não possui, na atualidade, a mesma interpretação de quando veio à tona, em 1993. Há que se pensar um interesse muito maior na efetivação de contratos de porte estrangeiro, que demandam grande volume de capital e mão-de-obra. A vinculação à sede nacional como foro único para dirimir conflitos por via arbitral, além de equívoca quanto à imutabilidade jurisdicional anteriormente disposta, é deseconômica e mostra-se deveras desinteressante à esfera privada forânea.

Se há possibilidade de utilização de legislação externa, é possível que haja submissão a foro diverso do brasileiro para a resolução de conflitos. Entretanto, deve-se ater aos seguintes pontos: a) as normas comparadas não devem conflitar com as normas nacionais, bem como com os princípios estampados tanto na Constituição Federal quanto na Lei de Licitações; b) a outra parte deve ser estrangeira, inclusive com sede estrangeira. Mostra-se estranha e sem efeito prático a utilização de normas estrangeiras em sendo ambas as partes nacionais, domiciliadas no Brasil, conquanto não defenda. Evidente, também, que “existem limites à escolha dessas regras, que deverão ser compatíveis com os bons costumes, com a ordem pública e com os princípios informadores do processo arbitral e do Direito Administrativo. Esses limites se estreitam ainda mais quando uma das partes na arbitragem é o Poder Público” (AMARAL, 2010, p. 335).

No mesmo sentido é o entendimento de Garcez (2005, p. 59):

Para os efeitos da determinação da lei de fundo da arbitragem e a lei de regência do contrato em que o conflito surja, quando nele existir alguma lei de regência contratualmente determinada pelas partes, deve representar minimamente, a nosso ver, um vínculo de reconhecimento entre uma e outra lei.

O sentido mínimo posto pelo autor indica que uma lei estrangeira não deve ferir dispositivos da outra ou atentar contra os bons costumes ou contra as bases principiológicas já estampadas para aquele Estado. Sob esta mesma conclusão defende Martins (2008, p. 46): “a lei não é, de antemão, atentatória à ordem pública

ou aos bons costumes. Sua aplicação é que poderá violar esses pressupostos de direito”.

O ponto parece conduzir à questão voltada exclusivamente à hermenêutica jurídica. Entretanto, pela ausência de espaço e delimitação do objeto de estudo, cabe aqui apenas ressaltar que, conquanto se pretenda fazer uso de normas internacionais aos e empregar a arbitragem para a resolução de conflitos em que atua como parte a Administração Pública brasileira, essas devem estar em total harmonia com o ordenamento jurídico pátrio, sob pena de invadirem o campo da ilegalidade ou arbitrariedade, o que daria ensejo à nulidade da sentença proferida.

A mesma ideia é assumida por Moreira Neto (2000, p. 88), quando assim observa: “nada impede que o Estado se submeta à jurisdição estrangeira, mesmo porque haverá casos em que esta solução será a escolha mais conveniente, quando não a única possível, em termos de efetividade de decisão”. Isso também fica comprovado pela possibilidade trazida tanto pela Lei de Arbitragem quanto pela Lei de Introdução do reconhecimento de sentenças arbitrais proferidas em país estrangeiro.

A concessão do *Exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça ficará condicionada às mesmas regras já postas. No art. 15 da Lei de Introdução, ressalvadas todas as menções que traz, mostra-se relevante ao problema o disposto nas suas alíneas a e c: “será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; [...] c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida”. Ao aduzir os termos *formalidades necessárias*, o legislador disciplinou, implicitamente, questões que podem ou não ferir a soberania nacional do Estado.

Na Lei de Arbitragem, a questão é posta, de modo genérico, no art. 34: “a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”. Em seguida, seu art. 39 traça os parâmetros maiores a que se sujeita: “[...] será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira [...] que: I – segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II – a decisão ofende a ordem pública nacional”.

Não teria sentido à arbitragem e a toda a veia desburocratizada e célere que alberga se não fosse possível usar de regras distintas do próprio ordenamento jurídico, bem porque não é impossível que a Administração Pública enxergue melhores benefícios diante da manutenção arbitral de contrato por intermédio de lei internacional, pois lá podem existir disciplinas muito menos complexas, conquanto compatíveis com o sistema jurídico pátrio.

2.2.2 Das Formas de Julgamento da Lide Aplicadas à Administração Pública por Meio da Arbitragem

Partindo-se ao outro lado do problema, é importante reportar-se ao art. 2.º da Lei de Arbitragem,⁸³ no que toca às formas diversas de julgamento da lide, admissíveis e expressamente destacadas: equidade, princípios gerais do direito, normas de Direito Comercial Internacional (outrora resumidas pela denominação *lex mercatoria*⁸⁴) e usos e costumes.

Do mesmo modo como ocorre na jurisdição, não há óbices para que, no ato de decidir a demanda, o árbitro empregue bases distintas para a formação do seu convencimento, conquanto não isoladas (AMARAL, 2010, p. 335-336). Trata-se de melhor evidenciar a garantia do devido processo legal, expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, adotada tanto em âmbito privado quanto administrativo, da qual tem vez a ampla defesa e o contraditório.⁸⁵

Se no processo jurisdicional o magistrado se utiliza de outros meios para contribuir na formação do seu convencimento, na arbitragem não se tem modo diverso. A todo ato de cognição, seja do árbitro ou do juiz togado, incute-se uma liberdade, conquanto não absoluta, no apreciar das provas conduzidas aos autos, o que justifica dizer que não se deve estar vinculado unicamente à lei, mas também a outras formas jurídicas admissíveis, que, quando juntas, compõem um único veículo: o Direito.

⁸³ O art. 2.º da Lei de Arbitragem e seus dois parágrafos determinam o emprego da equidade, dos princípios gerais do direito, dos usos e bons costumes e da *lex mercatoria* no juízo arbitral.

⁸⁴ Sobre a *lex mercatoria*, Guilherme (2003, p. 69) explica que reside nas normas que regem o comércio internacional, e englobando tributação, alíquotas e regras alfândegárias. Cretella Neto (2004, p. 48) explica que a *lex mercatoria* compreende o “conjunto de normas escritas, elaboradas pela Câmara de Comércio Internacional de Paris sobre certas modalidades de fornecimento [...] em que estão perfeitamente estipuladas as responsabilidades e obrigações do comprador e do vendedor”.

⁸⁵ Garantias expressas no art. 5.º, incisos LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

2.2.2.1 Do julgamento por equidade

Sob o entendimento de Cretella Neto (2004, p. 58), ressalta-se a incidência de certa ambiguidade ao se tratar desse dispositivo, já que tudo — ressalvada a autotutela pacífica, pela qual se resolve, passivamente, cobrança de obrigação líquida, certa e exigível — é resolvido por meio do Direito. Conjuntamente com o que traz a Lei de Arbitragem, evidencia-se que o árbitro poderá valer-se da equidade para interpretar o Direito do modo que considerar mais justo.

Não se pode deixar de apontar que, conforme o caso e o problema postos — e sob rigorosa fundamentação —, ⁸⁶ pode o árbitro, desde que autorizado pelas partes, decidir por equidade. O que não o pode é mitigar regulamentos gerais do ordenamento jurídico (a lei e os princípios gerais do direito).

Essa regra não traz problemas ao se tratar das relações unicamente privadas. Partindo-se de um esboço geral do problema, comenta Barral (2000, p. 16) que o julgamento por equidade, ainda hoje, consiste em forma controversa e inexata, vez que se reduz ao respeito à igualdade de direito de cada parte litigante; que independe de lei positiva, mas tão somente de um sentimento do que se considera justo. A menção não é no todo verdadeira, pois somente a lei positiva poderá consentir no seu emprego, como ocorre na Norma de Arbitragem e no Código de Processo Civil.⁸⁷

Outro fator deve ser ponderado: ao se tratar de demanda arbitral na qual atua como parte a Administração Pública, tem observância obrigatória o princípio da legalidade,⁸⁸ que, diversamente do problema anterior, no qual se abordava duas legislações distintas, trata-se, agora, de meio diverso de julgamento da lide. Não há consenso doutrinário nesse sentido, conquanto se deva pender à sua

⁸⁶ Toda decisão arbitral deve pautar-se pelo que dispõe o art. 26 e incisos da Lei de Arbitragem: “são requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I – o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio; II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV – a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato”.

⁸⁷ Cf. art. 127 da Lei n. 5.869/73: “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

⁸⁸ Princípio esculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade [...]”. Tal regra encontra-se definida pelo seu art. 5.º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

inadmissibilidade quando método único e isolado. A utilização nestes moldes cabe unicamente a demandas que tenham como partes pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, vez que a regra é que todos os atos administrativos ou todos os atos em que se seja parte qualquer membro representante do Poder Público sejam pautados pela reserva legal.

Sobre o tema, Meirelles (2010, p. 89) é preciso ao explicar que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”. Quaisquer que sejam as vontades, estas devem estar condicionadas à lei e ao Direito, dos quais se entende como expressão de um talante coletivo. Entretanto, ao se tratar de instituto arbitral, não é interessante coibir o árbitro para que, ao formar o seu convencimento, se utilize de meios auxiliares de julgamento. Se não se deve julgar tendo como base única a equidade, pode-se dela aparelhar-se e para que sobrevenha mais lúcida a verdade dos fatos, sobretudo em matéria administrativa, que prima pelo interesse público sobre qualquer outro viés.

Selma Lemes (2007, p. 247), nos estudos que faz, traz interessante passagem acerca do funcionamento da arbitragem no Direito Chileno. Lá, o julgamento por equidade, do mesmo modo que no Brasil, só é aceitável e aplicável quando da ausência de lei positiva. Miguel Reale (2004, p. 298-299) defende, de modo contemporâneo, que o fato de se utilizar da equidade em conjunto com o Direito Positivo — não isoladamente, sobretudo quando se tratar de matérias que envolvam o Poder Público — traz adequação da lei às situações concretas da vida social; ao verdadeiro teor de justiça. Sua aplicação isolada não se basta, pois desencadeia inúmeros casos de injustiça. Não se é possível contrapor ao Direito, mas se pode moldá-lo ao caso concreto, assim como ocorre com a aplicação de lei estrangeira.

Ao se fazer uso da equidade em demanda arbitral, conquanto não utilize da como método único de julgamento — o que daria ensejo à nulidade da decisão, pelo desrespeito aos ditames da legalidade —, não se está retirando do Poder Público a obediência irrestrita à lei, mas contribuindo para que seja possível abrir um leque maior de dispositivos que com certeza irão auxiliar o árbitro a chegar à exata formação cognitiva frente ao problema que tem a decidir.

2.2.2.2 Do julgamento com base nos usos e costumes

Os usos e costumes consistem em regramentos que ampliam o leque normativo frente à lei. Muitas vezes, materializam-se em atos de observância frequente — por vezes obrigatória —, e passam a servir de norte à maioria dos julgamentos. São valores largamente consagrados, que se alteram pelo decurso do tempo, por força de lei positiva, pela jurisprudência e pela doutrina. Exemplo dessa utilização é a pós-datação em cheques, as sumidas, na atualidade, com grande força nas relações comerciais.

Assim como ocorre com a utilização da equidade em juízo arbitral, sua aplicação se restringe estritamente aos casos em que a lei positiva seja omissa — e não de forma isolada —, sob observância estrita do princípio da legalidade,⁸⁹ de modo que agregue caminhos extras ao árbitro ao julgar a lide.

2.2.2.3 Do julgamento com base nos princípios gerais do direito

A principiologia ganhou grande espaço na aplicação do Direito frente aos conflitos de interesses, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, mediante a superação da era positivista e início da corrente pós-positivista, reforçada após o início de toda a sua inserção constitucional.

A aplicabilidade de princípios não é recente, segundo explica Bonavides (2002, p. 232-237), e perpassa três fases complexas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Não restam dúvidas de que no período jusnatural os princípios regulavam a maior parte das relações humanas, conquanto não houvesse escrito legal que os impusesse à coletividade. Dava-se grande valor às leis naturais porque advinham do Direito Divino, cujo desrespeito tenderia à ocorrência de castigos imensuráveis. Bodenheimer (1966, p. 37) lança inúmeras críticas a essa fase porque as leis, bem como todo o conjunto principiológico eram de gênese eterna. O Direito Natural nada mais era do que “um reflexo incompleto e imperfeito dos ditames da razão divina”.

Outro problema confirmava-se pelo emprego equivocado aos fins que realmente se destinavam. Não eram postos para que fossem sanadas diferenças no

⁸⁹ Cf. art. 4.º da Lei de Introdução: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

campo normativo ou ante a ausência de legislação cabível, mas sim por meio de métodos meramente indutivos, de modo a aferirem qual norma mais se aproximava do ideal mantido pelo Direito. “As comparações eram utilizadas para derivar amplos princípios até que a máxima emergisse ou até que esses fossem plenamente dedutíveis” (DONAHUE, 2008, p. 23, tradução livre).⁹⁰

No período positivista, a superação trazida ao modelo anterior foi abrupta. COMTE (1978, p. 3) sustenta ser indispensável a presença de uma “marcha progressiva do espírito humano”, pois só assim seria possível explicar as razões do Direito e do conhecimento no momento histórico que se irrompia, contrário ao período jusnatural. Enquanto que no jusnaturalismo se utilizava de interseções divinas, calcadas no Direito Natural e num respeito íntegro à *physis*, o positivismo, diante da explicação de Ballsteros (2007, p. 43, grifo do autor, tradução livre), “nasce do esforço de transformar o estudo do direito em uma verdadeira e autêntica ‘ciência’, que tenha as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”.⁹¹ Enfim, consiste na redução do Direito a um método científico — uma física social —, longe da razão, mas próximo a uma vontade.

Além de Auguste Comte, Hans Kelsen destaca-se para alargar os difusores da era positivista. Segundo o jurista (KELSEN, 1999, p. 1), faz-se imprescindível, por intermédio de uma teoria pura — a Teoria Pura do Direito —, “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença a seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito [...]”, isto é, questões psicológicas, sociológicas, éticas e políticas. Embora reconhecesse a sua importância, bem como de todo o arsenal conquistado ao longo da História, seu emprego seria informal, para que se evitasse um completo sincretismo metodológico. Neste momento, todo princípio deveria fazer parte do ordenamento jurídico positivo — normatização principiológica —, de modo subsidiário, para ganhar sustentabilidade, admissibilidade e credibilidade. Não deveriam sobrepor-se às leis, mas poderiam atuar de modo extrapositivo, ou seja, como mero sustentáculo ou auxílio a eventual omissão normativa ou possíveis antinomias (BONAVIDES, 2002, p. 235).

⁹⁰ Cf. redação original do autor: “[...] comparative material was used to derive larger and larger principles until the ultimate principles emerged or whether these principles were found deductively”.

⁹¹ Cf. redação original do autor: “nace del esfuerzo de transformar el estudio del derecho en una verdadera y auténtica ‘ciencia’ que tenga los mismos caracteres de las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales”.

Na atualidade, se fosse possível admitir que a utilização de princípios estivesse regrada unicamente à lei positiva, ter-se-ia grandes barreiras aos julgamentos complexos ou *hard cases*, sobretudo diante da vasta formação contratual que se mostra patente na Administração Pública. A busca pela superação do positivismo é que possibilitou com que novos olhos fossem lançados aos métodos interpretativos, tendo não somente a lei como meta maior no julgar, até porque se mostrava cada vez mais insuficiente frente aos valores que se apensavam ao Direito.

Esta superação é trazida pela era pós-positivista, que passa a incutir no modo de julgar não somente regras, mas também princípios, tendo o apoio das demais ciências antes postas de lado. Tudo passa a conectar-se ao que traz a Constituição — um novo constitucionalismo —, de modo que cada vez mais sejam superados os modelos equivocados da História, voltado às garantias que trouxe o Estado Democrático de Direito. Tão verdade é, que a legislação brasileira, a partir de 1988, passou a consagrar um conjunto de valores em suas formas de julgamento. A Lei de Arbitragem não foi diversa, pois também agregou outros métodos auxiliares, de modo que o árbitro pudesse decidir com maior amplitude não só por ela, mas também por meio de princípios, usos e costumes e equidade.

Se pela jurisdição se utiliza de bases axiológicas, na arbitragem não se faz de modo diverso. É plenamente admissível que o árbitro, ao julgar um problema em que figura como parte a Administração Pública, se utilize de princípios para melhor concluir a sua sentença. O princípio da legalidade, sobre o qual se deita o Poder Público, deve ser enxergado de modo muito mais amplificado neste momento neoconstitucionalista. O que não se é aconselhável fazer, assim como ocorre no julgamento por equidade e por usos e costumes, é utilizar-se apenas de princípios.

Também não é preciso que a lei traga um rol específico de quais deles devam ser empregados em cada caso. Por estarem espalhados ao longo de todo o Direito, seja na Constituição Federal ou em leis extravagantes, não é vedado ao árbitro que se utilize, p.ex., dos princípios que traz o Código Civil, a Lei de Licitações e até mesmo o Código Penal. O árbitro possui, inclusive, discricionariedade para sanar eventual conflito entre princípios ou entre estes e regras, com prevalência àqueles, pautado por extrema ponderação ou razoabilidade. Se regras podem sobrepor-se a regras, princípios não podem, por possuírem muito mais plasticidade semântica que aquelas. Ainda que não se possa julgar tendo-os como única base, é

desaconselhável que normas de direito material ou processual venham a encobertá-los.

2.2.2.4 Do julgamento com base nas normas de Direito Comercial Internacional (*lex mercatoria*)

Não compõe a temática deste trabalho a abordagem da arbitragem em âmbito internacional, mas sim descrever como se é possível usar de normas comerciais externas em determinados julgamentos. Já foi observado que nas demandas em que figura como parte a Administração Pública não é vedado o uso de legislação estrangeira, quando mais benéfica, nem mesmo foro diverso.

Interessante, ao se tratar da utilização de normas comerciais externas ao Direito pátrio, trazer como melhor tradução a expressão *lex mercatoria*. Trata-se de um “conjunto de regras, princípios e modelos de regulação, autônomos em relação às ordens jurídicas estaduais singularmente consideradas, que podem, e dentro de certos limites, devem ser aplicados nesta categoria de arbitragens” (OLIVEIRA, 2007, p. 114).

A regra se mostra relevante, sobretudo quando se trata de contrato firmado entre Poder Público brasileiro e empresa internacional. Segundo explicações de Garcez (2007, p. 144-148), a matéria arbitral é regida pelas menções legais internacionais do UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado),⁹² criado em 1926, com sede em Roma, de influência a países dos cinco continentes. Possui, além de outros encargos, vasta quantidade de princípios informadores dos juízos arbitrais internacionais,⁹³ tanto dos sistemas *civil law* quanto *common law*, que serão empregados a partir do momento em que as partes acordarem utilizar das regras internacionais pertinentes à *lex mercatoria*. Dentre todas as suas feições legais, conta-se, ainda, com as decisões prolatadas pela CCI (International Chamber of Commerce — ICC), de Paris.⁹⁴

Como regra geral, as menções que traz a *lex mercatoria* mantêm íntegras a boa-fé contratual e a autonomia da vontade das partes, descaracterizando qualquer forma atentatória ou patológica à legislação interna de um Estado. No processo

⁹² Outras informações em: <<http://www.unidroit.org>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

⁹³ A nacionalidade da arbitragem, segundo aponta Muniz (2006, p. 28), é dada pelo local de prolação da sentença: se se der no Brasil, a arbitragem será *nacional*; se no exterior, *internacional*.

⁹⁴ Outras informações em: <<http://www.iccwbo.org>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

licitatório, a partir do momento em que se prevê a arbitragem como meio de resolução de conflitos, utiliza-se, regra geral, a Lei Brasileira de Arbitragem como base maior. Entretanto, isso pode perfeitamente ser contestado pela empresa internacional, no talante de fazer uso de normas internacionalmente reconhecidas por ambos os Estados, em Tratados ou Convenções Internacionais, por lhes serem mais benéficos, tradutores de celeridade e menor onerosidade. É de se frisar também que, em que pese haver possibilidade de ser efetivado contrato entre Administração Pública brasileira e pessoa jurídica de direito privado internacional, o problema maior reside no fato desse instrumento assumir, como regra, característica internacional ou nacional, motivo que lhes possibilitaria a fruição ou não da *lex mercatoria*.

Não se mostra interessante que partes opostas, ambas brasileiras, se utilizem da norma internacional de modo exclusivo, conquanto não vedada expressamente, seja pela maior beneficência, menor onerosidade ou maior celeridade. O limite restringe-se ao fato de não se ferir a ordem jurídica interna, seus princípios e usos e costumes contratuais (*pacta sunt servanda*; boa-fé); poder-se-ia, até mesmo, configurar fraude à lei nacional, o que daria ensejo a uma sentença nula (LEE, 1999, p. 186).

A solução é trazida por Lee (1999, p. 187), em explicação às palavras de Paulo Borba Casella: “sendo pouco provável a adoção de direito estrangeiro em arbitragens nacionais, a solução e melhor possibilidade são normas neutras, de caráter internacional, desvinculadas de ordenamentos nacionais [mas que não o firam]”. Pode-se, do mesmo modo, fazer uso de normas contidas em Convenções e Tratados Internacionais sobre arbitragem, desde que ambas as partes os tenham ratificado.

Dos estudos de Rafaella Ferraz (2008, p. 73), destaca-se outro ponto importante: não significa dizer que ao se utilizar de normas internacionais em arbitragem se está renunciando à imunidade de jurisdição que possui o Estado e à sua soberania. Segundo a autora:

Enquanto a imunidade de jurisdição comporta benefício, na ordem internacional, de um Estado não se submeter à jurisdição de outro, no procedimento arbitral internacional a soberania estatal, em princípio, não se subsume a qualquer jurisdição estatal, mas tão somente à jurisdição privada, paraestatal (equivalente processual), do(s) árbitro(s).

Mostra-se suficiente que o árbitro declare que determinadas regras internacionais com perspectiva de adoção pelas partes ferem por completo ou parcialmente este ou aquele ordenamento para que se dê por vedada a sua utilização. Caso, p.ex., venha a ser empregada regra externa que rompa com a boa-fé contratual, deve o árbitro denegá-la de ofício, sendo que para isso deverá conhecer perfeitamente ambos os ordenamentos.

Como não se afasta por completo o Poder Judiciário das demandas arbitrais, ao se utilizar de normas diversas do campo palpável de um dos Estados não poderia o árbitro peticionar àquele me dida de cunho cautelar ou ex propriatória, pois muitas vezes lá não se encontram previstas. Nest as circunstâncias, o Judiciário deve imediatamente invocar a sua denegação, ainda que mais benéf icas, sob pena de futuramente romperem com normas internas aplicáveis em via paralela e executória, o que daria ensejo a sentenças nulas.

3 ARBITRAGEM COMO MECANISMO RESOLUTIVO DE CONFLITOS NEGOCIAIS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO

Perpassadas as premissas que correspondem diretamente ao campo material de aplicabilidade da arbitragem em âmbito público, passa-se a infiltrar num ponto de maior cuidado. Há que se tratar, a partir daqui, do objeto da arbitragem, no que toca à indisponibilidade de direitos e à patrimonialidade, esboçados no art. 1.º da Lei n. 9.307/96, de modo a verificar até que ponto pode o Poder Público sofrer expropriação diante de uma possível execução de sentença arbitral condenatória e até que ponto pode determinada controvérsia ser submetida ao árbitro para julgamento. As regras remetem-se à arbitragem subjetiva e objetiva.

Partindo-se de uma análise geral do princípio da legalidade, chega-se a conclusões em face da permissibilidade e possibilidade de aplicação do instituto quando em meio a conflitos entre Administração Pública e esfera privada, sobretudo frente à vasta quantidade de normas existentes na atualidade, que foram se materializando ao longo das reformas de Estado anteriormente esboçadas e que formam não uma regra isolada, mas uma ordem geral, pautada por um conjunto de normas: o Direito.

A verificação aprimorada dos demais artigos da Lei de Arbitragem fica restrita aos pontos em que se avança, sobretudo em meio à sua aplicação prática, de modo que se possa conceder ao Poder Público a mesma estabilidade enxergada no campo jurisdicional no ato de julgar e decidir a lide por meio de sentença, com posterior execução e formação de coisa julgada, o que dá, além de outros benefícios ao campo negocial, a garantia de imutabilidade.

3.1 A OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM CONTRAPONTO À JURIDICIDADE

Em reforço ao que explica Meirelles (2010, p. 89), “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”. Quaisquer que sejam as vontades, estas devem estar condicionadas à lei e ao Direito, dos quais se entende como expressão de um talante coletivo. No mesmo sentido é o entendimento de Bandeira de Mello (2010, p. 100): “[...] a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal [...]”. O

dogma que se formou em torno do estrito cumprimento à lei abrange o Poder Público há muito tempo na História, de modo a conter abusos dos próprios governantes, como ocorria, p.ex., no período patrimonialista ou absolutista. A obediência ao princípio não consiste apenas em abster-se e da prática de atos que a lei proíbe, mas em executar somente o que a lei determina.

Essa regra, no momento democrático de Estado, há de ser repensada, pois a lei, ainda que de aparência perfeita, não é capaz de prever a estrutura administrativa caso a caso, seus problemas e as condutas governamentais efetivadas por meio dos seus órgãos. Da mesma forma, o Direito Administrativo evoluiu ao ponto de não só enxergar a lei como seu norte maior, mas o Direito como um todo.

Rafaella Ferraz (2008, p. 27-28, grifos da autora), em citação que traz de Gustavo Binbenjamen,⁹⁵ elenca cinco razões que levaram à evolução do princípio da legalidade:

- (i) a primeira delas refere-se ao excesso de leis, que, sob a mítica de que tudo no ordenamento jurídico administrativo deve estar expresso, gerou verdadeira *inflação legislativa*;
- (ii) o segundo motivo para a relativização do dogma legal decorre do fato de a legalidade ter legitimado o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha, mediante a presunção absoluta de que a lei meramente formal é válida;
- (iii) outro fundamento consiste na atribuição de caráter normativo aos princípios constitucionais, que passam a produzir efeitos em todo o sistema legal;
- (iv) a quarta causa do colapso do legalismo decorre da necessidade de o Estado criar normas específicas para regular determinadas matérias (atuação regulatória) e responder, de forma célere, a diversas demandas requeridas pela sociedade moderna, o que não pode ser atendido por lei; no primeiro caso, por não ter o Parlamento o conhecimento técnico indispensável e, na segunda hipótese, por contemplar o processo legislativo um período longo de amadurecimento;
- (v) o quinto e último motivo da falência da legalidade literal decorre do controle e da ingerência exercidos pelo Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, quer no meio da prática de atividade legislativa pelo primeiro (medidas provisórias e reserva constitucional de

⁹⁵ A obra de Gustavo Binbenjamen (BINENBOJAM, G. *Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 127) é citada no livro de Rafaella Ferraz (2008, p. 27-28).

iniciativa de lei à Administração Pública), que por meio de base parlamentar governista que, ao controlar o Parlamento, aprova o que lhe interessa.

A lei formal, reguladora direta dos atos administrativos, passa a ser vista de modo muito mais flexível, sobretudo em meio à normatividade que ganharam os princípios, tanto constitucionais como infraconstitucionais, regada pela visão constitucional a toda e qualquer ordem normativa. O bloco de legalidade ao qual se vincula a Administração Pública não se encontra mais fechado como antes, quando se partia de modelos burocráticos. A legalidade passa a incorporar não somente a lei, mas também valores, princípios, usos, costumes e equidade. Cria-se um ambiente aberto, conquanto permeado pela justiça, que conduz a Administração não somente por intermédio das rédeas da lei, mas pelo Direito. Assim reafirmam os termos do art. 2.º, parágrafo único, I da Lei n. 9.784/99:⁹⁶

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito.

A toda esta formulação que combina a lei e o Direito, Ferraz (2008, p. 29) denomina *princípio da juridicidade* ou *legalidade em sentido amplo*. O Poder Público não deixa de estar vinculado à lei, e passa a ser influenciado também por princípios implícitos e explícitos.

Sobre o tema, Baptista (2003, p. 108-111, grifos da autora) expõe o seguinte ensinamento:

Caminha-se para a construção de um princípio da legalidade não no sentido da vinculação positiva à lei, mas de vinculação da Administração ao Direito. Subsiste, todavia, a regra da vinculação positiva à lei — quer dizer, a necessidade de prévia autorização legal — para aquelas matérias submetidas constitucionalmente à reserva de lei e, ainda, para as atividades administrativas de natureza gravosa, passíveis de limitar ou extinguir direitos subjetivos dos administrados. *Nas demais áreas de atuação administrativa, especialmente as de organização, fomento, planejamento e prestação, há que se presumir dispensada, em princípio, a exigência de programação legal anterior.*

⁹⁶ A Lei n. 9.874/99 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Não é equivocada a desvinculação da Administração Pública à lei positiva em casos específicos — e não de modo absoluto —, desde que se mantenha aliada à Constituição, que é quem determina, de modo direto, a garantia do Direito ou da ampla legalidade (princípio da juridicidade), mesmo em situações de ausência de norma infraconstitucional, como acontece com a arbitragem, que não está prevista em parte dos regramentos que informam ao Poder Público o modo de resolver os seus conflitos.

A Administração pode agir guiada pela norma positiva, diretamente, ou pela Constituição, independentemente de lei formal, o que permite que se julgue por meio de formas diversas; e pode, sobretudo, usufruir a arbitragem para a resolução dos seus conflitos mesmo sem expressa determinação legal, pois se ampara na Lei Maior e nos ditames axiológicos que a autorizam (FERRAZ, 2008, p. 31). A arbitragem, além de ser forma pacífica de solução de controvérsias,⁹⁷ encontra-se arraigada em meio a dois princípios constitucionais que a autorizam: o direito de acesso à justiça⁹⁸ e o direito à razoável duração do processo.⁹⁹ A justiça deve ser encarada como um valor; e o seu acesso, uma vez ofertado, precisa conter duração palpável por aquele que busca, para que atinja o *status da eficiência processual*.

Quando a Constituição garantiu o acesso ao Poder Judiciário, não se referiu somente à jurisdição, mas à justiça, de modo lato. À época de sua promulgação, em 1988, o Judiciário era quem representava a ordem justa do Estado, o que levou o Constituinte Originário a inferir ser ele o único alvo dos conflitos. Após a publicação da Lei de Arbitragem, em 1996, todo esse conceito passou a ser revisitado e posto de modo cada vez mais relativizado, pois se possui não uma, mas duas formas heterocompostas de resolução litigiosa. Em vez de se ter um princípio calcado na inafastabilidade do controle jurisdicional, tem-se uma inafastabilidade frente à consecução da justiça, da qual fazem parte a jurisdição e a arbitragem.

Esse mesmo entendimento, a título de exemplo, é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, no AgR n. 5.206, de 2001:

⁹⁷ Tanto o preâmbulo constitucional quanto o seu art. 4.º, IV tratam expressamente das formas pacíficas de solução de conflitos: “nós, representantes do povo brasileiro [...] com a solução pacífica das controvérsias [...]”. “Art. 4.º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII – solução pacífica dos conflitos”.

⁹⁸ Cf. art. 5.º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁹⁹ Cf. art. 5.º, LXXVIII da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5.º, XXXV).¹⁰⁰

A Corte Suprema, ao julgar o pedido de agravo entre duas empresas para homologação de sentença arbitral, refere-se ao Poder Judiciário como detentor do monopólio jurisdicional (universalidade da jurisdição); e não da justiça. Sendo assim, não se pode afastar a arbitragem quando se fala em acessar a justiça do Estado, bem porque a maioria da doutrina firmou este entendimento de que o instituto privado consiste num modelo jurisdicional e contratual, ou seja, um mecanismo que usa dos meios privados, mas pelo qual também são praticados atos de jurisdição; um meio *sui generis*.¹⁰¹

De acordo com os estudos de Cretella Neto (2004, p. 15), por ser o árbitro equiparado à figura do juiz togado, passa também a exercer atos jurisdicionais, pouco importando que seja indicado pelas partes, já que a lei assim o estipula. A participação democrática no processo de edificação da jurisdição não é assunto novo, vez que o Tribunal do Júri é exemplo que também reafirma essa ideia.

Não se pode manter um único braço de apoio ao acesso à justiça, pois a complexidade de conflitos é cada vez maior. Com um Judiciário em crise, seja pelo excesso de demandas ou pela carência humana e material, a garantia de proteção a qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito deve estar resguardada de algum modo. As posturas unicamente dogmáticas e tecnicistas devem ser postas de lado a cada dia, não de modo a se renegar o que já fora conquistado, mas a aumentar o leque de abrangência dos modelos de justiça do Estado aos conflitos sociais. O acesso à justiça, pelos olhos da atualidade, cada vez mais está modelado numa visão mais abrangente de meios alternativos de solução de conflitos (BOLZAN DE MORAIS, 1999, p. 107).

Cappelletti e Garth (1988, p. 15), sob mesmo entendimento, aderem à ideia de que é impossível erradicar todas as diferenças que emergem no seio social, já que não somente basta a concessão de acesso à justiça; é preciso alçar resolutividade, sob pena de se manter um modelo ilusório. Por esses e outros

¹⁰⁰ Vide na íntegra o Acórdão em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 out. 2011.

¹⁰¹ Sobre este entendimento, vide obras de José Cretella Neto, à pág. 15, e de Tânia Lobo Muniz, à pág. 30.

motivos, o legislador passou a efetivar garantias constitucionais e infraconstitucionais de celeridade ou meios mais eficazes à sua obtenção, moldando a legislação voltada ao âmbito público à incursão por novos métodos de resolução de conflitos, dentre eles a arbitragem. A cada dia mais a sociedade tem clamado por mudanças no cenário jurisdicional e políticas legislativas têm sido levantadas e questionadas, cujo resultado se é possível enxergar dos enxertos que têm sofrido as normas que regulam os meios resolutivos em âmbito público.

Não há muito a alterar: os mecanismos processuais jurisdicionais continuam fechados, para que formem uma base sólida de julgamento, e a arbitragem caminha cada dia com mais força resolutiva no meio contratual. Não restam dúvidas de que o mecanismo satisfaça plenamente e as garantias previstas pelo modelo gerencial de administração, o que possibilita às partes um modo muito mais rápido, inovador, eficiente e econômico de verem as suas crises solucionadas.

3.2 O CARÁTER DISPONÍVEL E PATRIMONIAL DA ARBITRAGEM

O caráter patrimonial que regula o instituto arbitral, bem como a disponibilidade do seu objeto devem ser postos diante de várias discordâncias que surgem por se trabalhar junto ao deslinde de conflitos envolvendo a Administração Pública, que prima pela indisponibilidade do interesse público.

Quando a Lei de Arbitragem faz menção, em seu art. 1.º, a direitos patrimoniais disponíveis, deve-se acatar, de antemão, que tais direitos “são aqueles referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual” (CRETELLA NETO, 2004, p. 56). Direito disponível corresponde àquele que pode ser objeto de transação ou de acordo entre as partes litigantes. Da junção dos termos, torna-se fácil depreender que “os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles os quais os titulares têm plena disposição” (GUILHERME, 2003, p. 65), isto é, aqueles passíveis de apropriação ou alienação, sendo excluídos desse rol, p.ex., os direitos da personalidade, o poder familiar e os direitos políticos.

Note-se que o problema não é tão simples quando se está diante de conflitos de natureza puramente pública, já que se deve delimitar até onde e o que se pode transacionar. Deve-se levar em conta não somente a natureza do litígio, mas também a qualidade das partes. Fala-se, pois, em arbitragem objetiva (*ratione materiae*) e em arbitragem subjetiva (*ratione personae*) (OLIVEIRA, 2007, p. 10).

Qualquer fato diverso ou contrário à órbita de resolução aceita pelo instituto arbitral provocaria não só a inarbitrabilidade do litígio, mas também a anulação da sentença proferida pelo árbitro. A partir do momento em que o legislador de 1996, ao instituir a Lei de Arbitragem, regrou-a à resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a maioria da doutrina se pôs a refutar a sua entrada em boa parte dos conflitos envolvendo o Poder Público.

Antes da análise da indisponibilidade do interesse público, ponto que merece maior cuidado, convém tratar do que se entende com o disponível em relação aos bens públicos, pois da maioria das sentenças arbitrais proferidas incidir á condenação, e, como consequência, necessário será promover a sua execução, no Judiciário, mantendo-se como pressuposto basilar que na Administração Pública o que predomina é a impenhorabilidade e a inalienabilidade de seu patrimônio.¹⁰²

Em suas pesquisas, Cretella Neto (2004, p. 38-39) ressalta que o patrimônio público compreende o “conjunto de bens materiais e pessoais de cada um”.¹⁰³ Por *direitos patrimoniais*, entende serem “aqueles referentes a esse conjunto de bens, em relações jurídicas que se estabelecem entre pessoas, que os têm por objeto”. Em sentido mais amplo, Meirelles (2010, p. 549) classifica os bens públicos como o conjunto de “todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”. Trata-se do agrupamento de “todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, [Territórios], respectivas autarquias e fundações de Direito Público” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 913). Não há maiores complicações em sua conceituação, muito menos com relação à sua destinação: todo o patrimônio público agrega-se ao Estado, por força de lei, para a consecução dos fins públicos (BASTOS, 1994, p. 306). O problema surge quando se passa a tratar da sua disponibilidade, o que induz à alienabilidade.

O Estado não está imune à responsabilidade patrimonial. Do mesmo modo como ocorre na esfera privada, deve a Administração Pública reparar todo dano causado a terceiro. “Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode

¹⁰² Cf. arts. 100 e 101 do Código Civil, respectivamente: “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. “Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.

¹⁰³ No mesmo sentido, dispõe o art. 98 do Código Civil: “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 993). Entretanto, ao se tratar de eventual condenação em demanda arbitral — ou jurisdicional —, a reparação deverá ser feita, como regra, em pecúnia, conquanto não seja impossível evitar o perdimento de bens em favor de um particular ou de outro ente público, já que se é possível a consecução de dação em pagamento, venda, permuta ou doação. Isso significa que a inalienabilidade é relativa e restrita aos casos que a lei determina (MEIRELLES, 2010, p. 565).

Meirelles (2010, p. 566) ainda defende que, com a vinda do Código Civil, em 2002, seu art. 101 traçou claramente a possibilidade de transferência de bem público em virtude de possível condenação, feita sob a regra do art. 100 da Constituição Federal de 1988. A inalienabilidade incidirá somente nos bens que estiverem afetados, ou seja, que forem de uso comum, como uma praça pública, p.ex., ou de fins unicamente especiais e com destinação pública exclusiva, como o prédio em que está instalado o paço municipal. Não há qualquer óbice à transferência de um bem — móvel ou imóvel — afetado à categoria dominical, isto é, ao campo da disponibilidade. A alienabilidade pode ocorrer perfeitamente, desde que sejam satisfeitas as imposições legais. E não se pode negar que uma das formas mais severas de imposição é a sentença condenatória.

Por meio desses mecanismos (dação em pagamento, venda, permuta ou doação), não se requer licitação, por se tratar de vínculo contratual já existente (MEIRELLES, 2010, p. 568). A Administração Pública pode, se condenada em demanda arbitral ao pagamento de quantia, entregar, em seu lugar, um de seus veículos, após desafetação, desde que haja aceitação da parte credora, ou vendê-lo para que obtenha o montante apurado.¹⁰⁴ A exigência de lei anterior se faz desnecessária no momento de prolação da sentença condenatória.

A sentença, como ato legal e ímprobo, cria Direito e possui força de lei. Não mais se possui um enxergar fechado de que o juiz — neste sentido, o árbitro¹⁰⁵ —

¹⁰⁴ Embora na arbitragem permaneça a feitura de acordos, a venda de bem público é ato último a ser realizado, mas qualquer que seja, deverá ocorrer em hasta pública, cuja adjudicação poderá ser feita pelo próprio credor, dispensado processo licitatório, pela força de lei que possui o ato sentencial. Exemplo disso se dá na Lei n. 8.025, de 12 de abril de 1990.

¹⁰⁵ Pela Lei de Arbitragem, art. 18, o árbitro é equiparado ao juiz togado: “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que profere não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

somente diz o Direito; ao contrário: ele realmente o cria, já que em muitos casos deve se utilizar de métodos diversos para a formação de seu convencimento, por serem as leis incompletas e pouco abrangentes. Se a Administração Pública se sujeitou a processo arbitral que deste sobreveio sentença condenatória em seu desfavor, não é incorreto afirmar que se criou a ela e à parte contrária uma norma jurídica, a qual cabe adimpli-la.

A partir das explicações de Talamini e Wladeck (2010, p. 172), o que não se pode deixar de observar como regra legal para que tudo o que foi descrito ocorra é a disposição contida no art. 100 da Constituição Federal de 1988¹⁰⁶ e as regulamentações do Código de Processo Civil. Segundo o seu art. 730,¹⁰⁷ a Fazenda Pública, uma vez condenada a pagar quantia, será citada em novo processo, no Judiciário, para que apresente embargos. Superada esta etapa (com a sua não interposição, rejeição ou a denegação de efeito suspensivo), expedir-se-á o precatório. Caso seja apurado valor pequeno, utilizar-se-á da regra do art. 100, § 3.º da Lei Constitucional.¹⁰⁸ Este valor, consoante os termos do seu § 4.º,¹⁰⁹ poderá ser disciplinado por lei infraconstitucional, desde que não seja inferior ao teto disposto pelo regime geral previdenciário.

Somente a partir da expedição do precatório ou da apuração de menor valor é que será possível suprir o pagamento à parte credora por vias diversas, como a dação em pagamento, p.ex., de modo que não se acarrete danos a terceiros, também detentores de créditos junto ao Poder Público.

¹⁰⁶ Cf. art. 100 da Constituição Federal: “os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

¹⁰⁷ Cf. art. 730 do Código de Processo Civil: “na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito”. Seu art. 731 também disciplina a matéria: “se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito”.

¹⁰⁸ Cf. art. 100, § 3.º da Constituição Federal: “o disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

¹⁰⁹ Cf. art. 100, § 4.º da Constituição Federal: “para os fins do disposto no § 3.º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social”.

Regra interessante e muito contestada na atualidade tem sido empregada nas parcerias público-privadas, sob a Lei n. 11.079/04. Nos termos de seu art. 5.º, § 2.º, III,¹¹⁰ os contratos podem prever que, em havendo rescisão antecipada por parte do Poder Público, as empresas parceiras poderão ser indenizadas a partir de valores oriundos do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), formado, inclusive, por bens desafetados. Segundo o art. 18, § 7.º da Lei, “em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas”. Isso, além de benéfico, constitui-se em fator que quebra a regra do art. 100 da Constituição Federal, cujo capital público em débito, em sentido lato, pode ser utilizado para adimplemento dos credores tanto em virtude de condenação e em demanda arbitral quanto em razão de sentenças das quais sobrevenham apenas acordos,¹¹¹ sem que se proceda à execução, favorecendo, além da celeridade, a estabilidade do instituto no que concerne à sua aplicabilidade junto à Administração Pública.

Embora a adoção de fundos especiais constitua regra antiga, já manifestada pela Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964,¹¹² tem sido cada dia mais observada em legislações recentes, em virtude das crescentes inadimplências do Estado para com pessoas jurídicas de direito privado, constituindo-se em modelo necessário e hodierno a ser seguido pelos entes federativos, diante da abertura cada vez maior ao particular para ingresso no serviço público.

3.3 A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: PRIMAZIA DOS INTERESSES PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS

O problema maior reside neste ponto. Por isso, antes de se partir a qualquer fato elucidativo da matéria, é iminente que se coloque alguns conceitos prévios. A supremacia do interesse público, assim também chamado, é princípio de ordem obrigatória em toda a Administração Pública. Sua inserção legal encontra arrimo na

¹¹⁰ Cf. art. 5.º, § 2.º, III da Lei n. 11.079/04: “os contratos poderão prever adicionalmente: a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como o pagamento efetuados pelos fundos e em presas e estatais garantidores de parcerias público-privadas”.

¹¹¹ Quando a quitação do débito é proveniente de acordo, embora não seja expressa pela Lei, não é vedado que utilize da verba do Fundo.

¹¹² A Lei n. 4.320/64 regula as normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, bem como regula os fundos especiais, em seus arts. 71 a 74.

Lei n. 9.784/99, em seu art. 2.º.¹¹³ Trata-se de interesse que está ligado intimamente ao aspecto coletivo ou geral, não podendo desvincular-se nem mesmo que haja delegação de serviços (MEIRELLES, 2010, p. 105). Tanto faz falar de interesse como falar de finalidade, pois ambos guardam relação com o que deve zelar o Poder Público: os direitos dos particulares. Por isso, também, a Administração Pública é regida de modo impessoal (princípio da impessoalidade — CF, art. 37, *caput*).

Por interesse público, pode-se definir como sendo um bem comum, isto é, aquilo que se faz patente para que a coletividade não somente viva ou sobreviva, mas viva ou sobreviva bem (LEMES, 2007, p. 127). É, sem dúvida, fator representativo das necessidades particulares; e que cabe ao ente público a sua manutenção, sob boa administração, com eficiência e eficácia¹¹⁴ (AMARAL, 2004, p. 35-38). Ainda que a doutrina divida-se, ora ao ponderar a sua definição concentrada na existência de interesses primários e secundários (corrente civilista), aqui explicitada como abertura à arbitragem de litígios, ora na permanência de interesses públicos, coletivos e difusos (corrente processualista), é prudente afirmar a existência de uma teoria universal, que lhe coloca, acima de tudo, o termo *exclusividade*:

Haveria um e apenas um interesse que se pode reputar como público em cada manifestação do poder político. E a este interesse, singular, se oporiam vários interesses privados, atomizados pela coletividade. Inadmitir-se-ia a coexistência ou conflitividade de interesses que sejam supraindividuais [*sic*] ou transindividuais, para lançar mão do ferramental teórico dos processualistas (MARQUES NETO, 2002, p. 86).

Não se pode afastar a indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública não pode abster-se de empenhar esforços para a consecução do fim público, coletivo ou geral, o que também resulta em eficiência dos serviços prestados, atuando sempre entre a liberdade de cada cidadão e as exigências coletivas. O que pode, para que seja possível alcançar essa meta, é usar da liberdade que possui para agir, dispor e contratar, sem que renuncie ao ato de

¹¹³ Cf. art. 2.º da Lei n. 9.784/99: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

¹¹⁴ Por eficiência entende-se o emprego dos corretos métodos e recursos; por eficácia, a aplicação desses mesmos mecanismos condicionados à produção de um resultado efetivo e com sucesso (METCALFE; RICHARDS, 1992, p. 33-34, tradução e interpretação livres).

tutelar. É, acima de tudo, atuar conforme a lei e o Direito, sobre os contrapostos da boa-fé, da probidade e da adequação entre os meios e os fins, eficientes e econômicos.

O interesse público também se perfaz pela correta aplicação da lei, sendo possível, em certos casos, agir contra a própria Administração, se necessário for à efetivação da vontade coletiva. Reside, além disso, “em assegurar a liberdade dos particulares, evitando intervenções desnecessárias na vida social, observando-se os parâmetros [...] prescritos por lei” (MARQUES NETO, 2002, p. 90). Para a sua proteção, o Estado atua de dois modos distintos: i) como Poder Público propriamente dito, sob a forma da lei, no desempenho de suas funções política e legislativa (interesse público originário ou primário); ii) na qualidade de órgão executor, no desempenho das funções de administração e gestão (interesse secundário ou derivado), sendo nestas possível a abertura à arbitragem (LEMES, 2007, p. 130).

Sob os ensinamentos de Marques Neto (2002, p. 77), em alusão às palavras de Marie-Pauline Deswart,¹¹⁵ o interesse público possui, na atualidade, função tripartite: é, ao mesmo tempo, *instrumento*, *limite* e *fundamento* do Direito Administrativo. Na medida em que funciona como instrumento, torna efetivo o poder político, traduzindo-se como de caráter absoluto e perpétuo no que concerne à coletividade; ao encenar como elemento, serve de mecanismo limitador da atuação daquele poder, de modo que se possa aferir a sua real necessidade; e, ao ser tratado como fundamento, mostra-se como ponto principal de legitimação do Poder Público, fator responsável por sua real existência. Qualquer que seja a decisão a ser tomada pelo administrador, é imprescindível que prime pela resguarda das necessidades sociais, dos benefícios coletivos e dos interesses gerais; não deve sobrepor o plano privado ao público; deixar que o individualismo tome novamente conta do cenário político, que um dia já se pensou ser benéfica a existência de um interesse comum.

Que toda a atividade da Administração Pública é pautada pelo interesse público não se tem dúvida. Resta saber em quais delas há alta razão quanto à sua natureza. Por isso, a subdivisão em atividades-fim e atividades-meio. Quando o Estado está a atuar como garantidor de atividades-fim, está a satisfazer os

¹¹⁵ Sobre este ponto, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (op. cit.) cita a obra *Intérêt générale, bien comum*, de Marie-Pauline Deswart, à pág. 77.

interesses públicos primários, que se referem às próprias necessidades da sociedade (administração externa). Pelas atividades-meio, está a satisfazer os interesses secundários, que consistem em interesses institucionais, no que concerne aos seus atos, pessoas e serviços (administração interna) (L EMES, 2007, p. 130-131).

Por atividades-fim, podem ser exemplificadas as garantias de caráter essencial à coletividade, como saúde, educação e bem-estar, não passíveis de transigência pelo Poder Público. São supremas e indisponíveis, e, sem dúvida, não se poderia utilizar da arbitragem para dirimir quaisquer conflitos, pois a própria Lei é proibitiva. O fato de não se poder transigir significa, sobretudo, não poder negociar. Não se pode levar a conhecimento de árbitro problema que envolva, p.ex., o aumento da verba destinada ao serviço de saúde; a alteração das alíquotas que compõem o Fundeb,¹¹⁶ na educação, entre outros. As únicas vias admissíveis, nestes casos, são a judicial ou jurisdicional, que, por meio de sentença proferida por juiz competente pode o Estado ou o particular, sob o seu mando, ser chamado a agir em prol à efetivação dos interesses gerais da população; e a legislativa, que, por meio de lei, pode o Estado ser autorizado a dispor de alguns dos interesses primários garantidos, na medida em que não seja afetado ou afastado o interesse geral da sociedade. A explicação reside no fato de que são inegociáveis os direitos que pertencem não só a um, mas a todos. Por outro lado, o Estado também age na consecução dos interesses negociáveis, por intermédio de atividades-meio, e é nessas que tem vez a arbitragem. São, em regra, atividades ou relações jurídicas de natureza patrimonial disponível, garantidas das atividades-fim.

A Administração Pública, para a consecução do interesse público primário ou das atividades-fim, efetiva relações jurídicas consistentes em contratos relativos a serviços, obras, aquisições ou alienações, em parceria com particulares ou com outros entes públicos. Para tanto, o administrador público, ao convencionar o uso da arbitragem para a resolução de conflitos, deve efetuar uma análise pormenorizada do que está a negociar e se o objeto é realmente disponível ou negociável, sob pena de ter, ao final, uma sentença arbitral nula (FERRAZ, 2008, p. 50).

Rafaella Ferraz (2008, p. 51) relata, em poucas palavras, alguns dos caminhos indagativos, de modo consecutivo, pelos quais deve o administrador

¹¹⁶ O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) é regido pela Lei n. 11.494/07.

passar quando diante de pontos obscuros dos ao efetivar a convenção de arbitragem:

- a) a utilização da arbitragem é medida adequada à consecução do interesse público secundário à luz dos princípios constitucionais mais aplicáveis?
- b) em caso afirmativo, há algum outro meio menos gravoso que possa realizar o mesmo fim público?
- c) se ultrapassada a segunda pergunta, o grau de sacrifício ou restrição imposto ao princípio da indisponibilidade do interesse público primário compensa o benefício auferido pela coletividade?

Em que pesem ser interessantes a primeira e a segunda indagações, manifesta-se contrário à terceira. Não se pode conferir liberdade ao administrador para ponderar matérias indisponíveis. Encontrando-as, a arbitragem não tem vez.

Pela observação de Marques Neto (2002, p. 95-96), “quanto mais [...] se utiliza de conceitos [...] indeterminados, ‘cláusulas gerais’, ou competências abertas, mais os estamentos burocráticos adquirem margem de discricionariedade”. A Lei de Arbitragem, em seu art. 25,¹¹⁷ impõe ao árbitro, mas não só a ele, como também às partes e a seus procuradores, o dever de remeter ao Poder Judiciário qualquer questão que versar sobre direitos indisponíveis encontrada no curso de processo arbitral. Nada impede, contudo, que se possa ter matérias disponíveis e indisponíveis, e, em assim sendo, seu parágrafo único resolve o problema: “resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem”.

Não restam dúvidas de que a arbitragem seja meio largamente adequado à resolução de conflitos de interesses secundários, pois prima, acima de tudo, pela celeridade, eficiência e desburocratização, princípios que também fazem parte do bojo administrativo, desde a reforma gerencial de Estado.

¹¹⁷ Cf. art. 25 da Lei de Arbitragem: “sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”.

3.4 ARBITRAGEM SUBJETIVA E ARBITRAGEM OBJETIVA

A partir deste ponto, é importante tratar de mais um fator que impulsiona o administrador à utilização da arbitragem em seus negócios jurídicos: seus aspectos subjetivo (arbitragem subjetiva) e objetivo (arbitragem objetiva). A arbitragem subjetiva determina aqueles que podem se submeter ao juízo arbitral; a objetiva, o objeto a ser conduzido a ele — a natureza da controvérsia —, ou seja, quais matérias podem ser objeto de resolução por meio da arbitragem (FERREIRA NETTO, 2008, p. 34).

Para que a convenção de arbitragem seja válida, Garcez (2007, p. 45) defende que não basta a isenção quanto a vícios; requer, acima de tudo, o tratamento de matéria pertinente ao objeto (*ratione materiae*) disposto na lei (direitos patrimoniais disponíveis) e que as partes (*ratione personae*), no seu modo subjetivo, sejam capazes para contratá-la, bem como que haja previsão legal expressa (*lex lata*) no ordenamento jurídico interno.

Não há maiores dúvidas com relação à parte subjetiva, vez que esta questão foi praticamente vencida quando se tratou da capacidade para ser parte e para se estar em juízo. Interessa, neste ponto, a disposição legal que autoriza a Administração Pública a contratar demanda arbitral, ponto que também teve grande parte discutida quando se esmiuçou o princípio da legalidade. São também imprescindíveis as ponderações pertinentes ao objeto em litígio (arbitragem objetiva).

Boa parte da legislação brasileira já admite convenção de arbitragem entre Poder Público e esfera privada, e, ainda que não a preveja, nada dispõe em contrário. Exemplos são vários e devem ser postos em comento, um a um. Trata-se de ponto polêmico, segundo aponta Garcez (2007, p. 46), vez que, conquanto se penda à sua admissibilidade, alguns traços legais e sparsos ainda se mantêm a refutá-la, denegando cada vez mais as benesses que traz ao modelo gerencial.

3.4.1 Arbitragem Subjetiva

A Lei de Arbitragem, embora não traga expressamente autorização legal para que a Administração Pública seja parte em demanda arbitral, vale ressaltar que tal menção se mostra desnecessária, já que o trecho do art. 1.º é evidente: “as

“pessoas capazes de contratar”. Dentro deste rol, o Estado — pessoa jurídica de direito público —, assim como o particular — pessoa física ou jurídica de direito privado —, figura como pessoa capaz de assumir obrigações.

Não há problema também em ser a arbitragem instituído essencialmente de Direito Privado, já que o Estado, ao contratar obrigação com um particular, se sujeita àquele regime. As normas contratuais, conquanto haja presença pertinente na Lei de Licitações, p.ex., concentram-se, em sua maioria, no Código Civil. Sob entendimento de Ferreira Netto (2008, p. 26), a aproximação entre o Direito Privado e o Direito Público proporciona com que institutos como a arbitragem, essencialmente privados, e as regras pertinentes ao Poder Público, essencialmente públicas, coadunem-se. Trata-se do modo contemporâneo que ganhou a Administração Pública nos últimos anos, a partir da efetiva implantação do modelo gerencial. Esta explicação também é reafirmada por Couto e Silva (1985, p. 89):

A Administração Pública, quando celebra transação, sujeita-se ao Direito Privado. Cabe-lhe, pois, transigir da mesma maneira como os particulares, suprimindo dúvidas quanto à invalidade de ato jurídico, o qual é assim por ela mantido. Não fica o Estado inibido de proceder dessa maneira pelo princípio da legalidade da Administração Pública.

Não há como não se falar em transigência frente à quantidade de contratos efetivados pelo Poder Público e particular, sobretudo quando se deseja transferir a este a realização de serviços que antes eram prestados por aquele. Isso remete, inclusive, a reafirmar a natureza jurídica da arbitragem. Não é porque possui equivalências à jurisdição que se possa tratá-la como de teor unicamente jurisdicional; e não é porque possui viés contratual que se possa concebê-la como privatista. Trata-se de instituto misto ou *sui generis*, que possui uma mescla de atividades jurisdicionais e contratuais.

A arbitragem, acima de qualquer outro aspecto, funda-se numa relação contratual. A participação do Estado é regida à fiscalização da lei, de modo geral, e às atividades executórias ou àquelas de efetivação de possíveis nulidades em sua sentença. As relações contratuais são inevitáveis, o que se torna mecanismo fortalecedor da sua utilização, vez que deve o Estado buscar a efetivação do princípio do interesse público, bem como da eficiência, fazendo, desse modo, um percurso por vias muito mais céleres que a jurisdição. Além disso, possui também teor jurisdicional por com por, ao final de cada problema resolvido, uma sentença, e

por conter, conforme as disposições trazidas na Lei de Arbitragem, mecanismos assemelhados ao processo estatal, tais como a constatação de nulidades, a inquirição de testemunhas, entre outros. É, sem dúvida, instituto merecedor de méritos pelas benesses que tem conquistado ao longo dos anos.

Segundo se confirma pelos estudos de Silva (2000, p. 42):

O Estado Brasileiro, ao lado de ser o grande contratador, tem sido também um grande Estado inadimplente com suas obrigações contratuais. Saudável, portanto, que este Estado, na parte em que concorre com a iniciativa privada, e mesmo em várias de suas atribuições institucionais, se submeta a este novo tipo de julgamento. Para o Estado, eis uma oportunidade imperdível, um caminho límpido para ele despir-se de muitos de seus privilégios.

Disso exposto, sobressai uma nova problemática, na qual se remete a tratar das principais menções legislativas que possuem a arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

3.4.1.1 Arbitragem na legislação brasileira de Direito Público

Desprezando-se regramentos de épocas remotas, bem como legislações supralegais já expressadas anteriormente no momento em que se tratou das reformas burocrática, desenvolvimentalista e gerencial da Administração, cabe esboçar alguns dos principais mecanismos legislativos que possuem ou muito favorecem ao destaque da arbitragem como forma resolutiva de conflitos em âmbito público, e que compõem a teoria da arbitragem subjetiva.

a) Decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922¹¹⁸

Uma de suas maiores benfeitorias foi regulamentar o Código de Contabilidade Pública da União. Seu art. 775, § 1.º, alínea e,¹¹⁹ impunha, de forma obrigatória, que todo contrato administrativo efetivado entre Poder Público e

¹¹⁸ Revogado pelo Decreto de 25 de abril de 1991.

¹¹⁹ Cf. art. 775, § 1.º, e do Decreto n. 15.783/22: “a estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias. § 1.º São cláusulas essenciais e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade: e) nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declara competente o foro nacional brasileiro para dirimir quaisquer questões originadas dos mesmos contratos”.

empresa privada estrangeira adotassem o foro brasileiro para a resolução de conflitos oriundos de suas relações negociais. Isso significou grande avanço no que concerne à segurança de se estar, a qualquer tempo, fazendo uso da legislação pátria, além de muito favorecer a soberania do Estado Brasileiro num momento crítico da História, ainda sob heranças do modelo patrimonialista de Administração.

Favorecia, além disso, com que grandes empresas, fugindo da moral judicial já estampada nos processos, passassem a utilizar cada vez mais da arbitragem, como anteriormente restou demonstrado pelos exemplos de particulares responsáveis pelos serviços de navegação e ferrovia.

Atualmente, não há maiores empecilhos à utilização de legislação estrangeira nos contratos firmados entre Poder Público e particular.

b) Lei n. 5.662, de 21 de junho de 1971

Por meio desta, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) restou enquadrado na categoria de empresa pública, além de trazer a possibilidade de utilização da arbitragem em seu art. 5.º, parágrafo único,¹²⁰ cuja redação se mantém alterada pela Lei n. 11.786, de 2008, que autoriza a União a participar em Fundo de Garantia para a Construção Naval.

Além de evidenciar a arbitragem nos contratos formalizados, a Lei proporciona que cada vez mais haja integração entre Estados no plano internacional, com larga expansão e fomento à economia brasileira, inclusive com possibilidades de se adaptar às leis comparadas, o que também favorece que se empregue a arbitragem sob a égide da *lex mercatoria*.

¹²⁰ Cf. art. 5.º, p. único da Lei n. 5.662/71, alterada pela Lei n. 11.786/08: “a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) poderá efetuar todas as operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional, nos setores e com as limitações consignadas no seu Orçamento de Investimentos [...]. Parágrafo único. As operações referidas neste artigo poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que fica a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES — autorizada a constituir subsidiárias no exterior e a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas a de arbitramento”.

c) Decreto n. 1.312, de 15 de fevereiro de 1974¹²¹

Por este instrumento legal, em seguimento ao disposto pela Lei n. 5.662/1971, restava regulamentada a utilização da arbitragem nas relações mantidas pelo Tesouro Nacional, nos termos do seu art. 11.¹²² É notável que a arbitragem já pudesse ser pactuada anteriormente nos conflitos que sobreviessem das relações efetivadas, reforçada pela larga abrangência em nível internacional, conquanto se evidenciou ainda mais a utilização das regras comerciais estrangeiras (*lex mercatoria*) em negócios com pessoas jurídicas de direito público nacionais.

d) Decreto 2.300, de 21 de novembro de 1986¹²³ e Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações)

A publicação deste Decreto trouxe grande retrocesso ao que já havia sido conquistado em esfera pública frente à utilização da arbitragem, vez que seu art. 45, parágrafo único, vedava expressamente o seu emprego.¹²⁴ Por sorte, passados menos de um ano, a proibição foi retirada pelo Decreto n. 2.348, de 24 de julho de 1987, art. 45, parágrafo único.¹²⁵

Segundo entendimento assumido por Döllinger (1988, p. 99), não fazia sentido algum que a arbitragem fosse omitida nas relações negociais do Poder Público com empresas estrangeiras, pois era lá fora onde mais se destacava. Além disso, em havendo qualquer conflito levado ao Poder Judiciário, haveria neste muito mais aversão em se utilizar da legislação forânea do que no juízo arbitral.

¹²¹ Este Decreto autoriza o Poder Executivo a dar a garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior, bem como a contratar créditos em moeda estrangeira.

¹²² Cf. art. 11 do Decreto n. 1.312/74: “o Tesouro Nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá a ceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financeiros internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos”.

¹²³ Este Decreto dispunha sobre as licitações e contratos da Administração Federal, hoje revogado pela Lei n. 8.666/93.

¹²⁴ Cf. art. 45, p. único do Decreto 2.300/86: “nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer que estão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral”.

¹²⁵ Cf. art. 45, p. único do Decreto n. 2.348/87: “nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13 do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral”.

Em 1993, este Decreto foi revogado pela Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993) e nesta, a arbitragem não foi ativamente expressa, conquanto haja regra similar e não proibitiva em seu art. 55, § 2.º.¹²⁶

Enquanto se tinha, muitas vezes, a proibição do juízo arbitral às relações negociais conflituosas; e ao contrário do que muitos doutrinadores ainda se põem a dizer, não há qualquer retrocesso da Lei quando da sua não menção. Se a arbitragem não foi prevista, do mesmo modo não foi proibida. Esta é a interpretação que deve prevalecer no Direito Administrativo contemporneo, que está em busca de melhores resultados, com eficiência e celeridade. Isso tanto é verdade, que a mesma Lei, em seu art. 54, deixou clara a possibilidade de integração entre os institutos de Direito Público e de Direito Privado, deste fazendo parte insigne a arbitragem: “os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Esta compreensão, ainda que muito contestada à época de publicação da Lei, é reafirmada por Dallari (1995, p. 65): “tal entendimento, quando estabelecido, já estava equivocado [o entendimento de que, por ter sido omitida, a arbitragem não poderia ser aplicada], pois efetivamente já havia naquela ocasião fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito”. O fundamento a que se refere o autor estava presente no Código Civil de 1916, arts. 1.037 a 1.048, que, à época, regulava o *compromisso*, e, dentro deste, a inserção da arbitragem em meio às cláusulas contratuais. Do mesmo modo traziam os arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil. Todos estes, com exceção dos presentes no atual Diploma Civil, de 2002 (arts. 851 a 853), foram revogados e reestruturados integralmente pela Lei de Arbitragem.

¹²⁶ Cf. art. 55, § 2.º da Lei n. 8.666/93: “nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6.º do art. 32 desta Lei”. Em complementação, assim é a redação do § 6.º do art. 32: “o disposto no § 4.º deste artigo, no § 1.º do art. 33 e no § 2.º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior”.

A Lei de Licitações traz outro fomento ao emprego da arbitragem em seu art. 42, § 5.º.¹²⁷ Sob sucinta análise, não só se admite a formação de juízo arbitral quando em relações negociais com órgãos estrangeiros, mas também se mostra permissível a utilização de normas comparadas ou supralegais sem seus contratos. Exemplo disso é o termo firmado em 24 de novembro de 1997, entre a República Federativa do Brasil e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (Contrato de Empréstimo n. 975/OC-BR), visando à modernização e ampliação da Rodovia Fernão Dias. Neste, a arbitragem foi eleita como forma primeira de resolução de conflitos, em seu Capítulo IX, arts. 9.01 a 9.05.¹²⁸

Carmona (2004, p. 64), em complemento ao tema, defende que “a Lei de Licitações não determina que toda e qualquer controvérsia seja dirimida pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através da transação”.

e) Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995¹²⁹

A Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos inovou o quadro geral de interpretação acerca da presença da arbitragem na esfera pública. Embora não a tenha trazido expressamente como forma de resolução de conflitos entre Poder Público e particular, colocou como cláusula essencial, em seu art. 23, XV, o modo amigável de resolução: “são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”. Quanto às permissões, o mesmo traçou a Lei, em seu art. 40: “a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de

¹²⁷ Cf. art. 42, § 5.º da Lei de Licitações: “para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam o objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior”.

¹²⁸ Fonte disponível na obra *Contratos Administrativos e Arbitragem*, de Cássio Telles Ferreira Netto, op. cit., p. 42-43.

¹²⁹ Esta Lei dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal.

licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”.

Não restam dúvidas de que as mesmas disposições que são aplicadas à Concessão também são, como regra, aproveitadas à Permissão. Conquanto não haja expressamente previsto o legislador quais formas seriam as amigáveis para dirimir conflitos contratuais desse porte, Moreira Neto (2000, p. 233) observa que existem apenas três ao longo de todo o ordenamento jurídico brasileiro: a mediação, a conciliação e a arbitragem.¹³⁰ São métodos que se pautam pela autonomia da vontade, vez que as partes podem conduzir o conflito a terceira pessoa na qual confiam.¹³¹

Note-se que até então não havia sido publicada no Brasil a Lei de Arbitragem, o que só se deu em 1996, conquanto fosse cada vez mais crescente a utilização do instituto, derivada de modelos largamente aplicados em países estrangeiros. Não restam dúvidas de que a sua vinda teve grande influência contratual, sobretudo em face das relações administrativas, muitas delas por demandarem grande volume de capital em serviços cada vez mais complexos, como a edificação e ampliação de rodovias, ferrovias, navegação, dentre outros. Por esses e outros motivos relevantes, não há como negar a sua admissibilidade.

f) Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997

A Lei Geral de Telecomunicações, da qual sobreveio a criação da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), nasceu em solo brasileiro pouco depois da publicação da Lei de Arbitragem. Este fato influenciou ainda mais a sua utilização nas legislações que foram publicadas a partir daí. Sua principal inovação está delineada no art. 93, XV, que, em vez de trazer o termo *modo amigável*, como o fez a lei anteriormente comentada, dispôs algo mais próximo ao que se desejava — *solução extrajudicial*: “o contrato de concessão indicará: [...] XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”. Não há que se falar em

¹³⁰ Da mediação e conciliação tem-se um método autocompositivo, pelo qual o mediador ou o conciliador nada impõe às partes em conflito como solução, mas apenas indica o melhor caminho a ser seguido. Difere, neste pequeno ponto, a conciliação, na qual o mentor dos conflitos pode, vez outra, manifestar a sua opinião. Diferentemente da arbitragem, que é método heterocompositivo de julgamento, o árbitro exara sentença.

¹³¹ A Constituição Federal de 1988, por duas vezes e específicas, refere-se a esses mecanismos, ainda que de modo implícito, como formas pacíficas de solução de controvérsias (vide Preâmbulo Constitucional e art. 4.º, VII).

inadmissão da arbitragem para dirimir conflitos desse porte, pois ela verdadeiramente evidencia o termo *extrajudicial*.

g) Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997

Melhor adaptada, a Lei 9.478/97, que deu vida à Agência Nacional do Petróleo (ANP), dispôs, em seu art. 43, X, a possibilidade de utilização da arbitragem e também da mediação para dirimir conflitos de porte contratual público.¹³² Sob o entendimento de Ferreira Netto (2008, p. 46), pouco importa se o legislador inseriu o termo *internacional* à frente da arbitragem. Sua interpretação deve ser ampliada, abrangendo também a formação interna. O que evidencia esta menção são os termos do art. 2.º, § 1.º da Lei de Arbitragem: “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

Se a Lei n. 9.307/96 deixou livre a utilização tanto de normas internacionais quanto nacionais ou internas, fica inteiramente derogado o termo utilizado pelo legislador da Lei que regulamentou a ANP. Já se dispôs em tomo anterior não ser interessante que a Administração Pública brasileira se sujeite a normas de ordenamento diverso, ainda que admissível, seja por questões de soberania ou segurança em suas relações negociais.

A Lei do Petróleo também esboça a arbitragem em seu art. 20,¹³³ além de contar, até pouco antes de 2010, com mais um dispositivo que continha menções relevantes (art. 27, parágrafo único¹³⁴). Porém, não somente ele, mas muitos outros restaram revogados pela Lei n. 12.351/2010.

¹³² Cf. art. 43, X da Lei n. 9.478/97: “o contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”.

¹³³ Cf. art. 20 da Lei n. 9.478/97: “o regulamento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento”.

¹³⁴ Assim era a redação do art. 27, p. único, antes de sua ab-rogação: “quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção. Parágrafo único. Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis”.

h) Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004

A Lei que regula as Parcerias Público-Privadas (PPPs), além de prever novas regras para as licitações e a criação do Fundo Garantidor (FGP), trouxe expressamente a arbitragem como forma de resolução de conflitos em seu art. 11, III.¹³⁵

Em todas as legislações, a previsão da arbitragem se dá de modo que não se retire das partes a autonomia da vontade. O verbo empregado não só faculta a incursão pelo instituto, como não retira do Poder Judiciário a possibilidade de ingresso na resolução das controvérsias, o que fomenta ainda mais o fato dele não o excluir, mas somente relativizá-lo.

i) Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005

Se em 1995 a Lei n. 8.987 não trouxe expressamente a arbitragem em meio aos seus quarenta e sete artigos, em 2005 o legislador tratou de retificar o engano, sob influência da Lei de Parcerias Público-Privadas. Por meio do art. 120, acrescentou-lhe o art. 23-A.¹³⁶

Confirma-se, neste ato, a necessidade que possui o âmbito público quando das possibilidades existentes para a resolução de seus conflitos, de cunho inteiramente contratual.

¹³⁵ Cf. art. 11, III Lei n. 11.079/04: “o instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3.º e 4.º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

¹³⁶ Cf. art. 120 da Lei 11.196/05: “a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passa a vigorar acrescida dos arts. 18-A, 23-A e 28-A: [...] ‘Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

j) Lei n. 12.351, de 22 de dezembro de 2010

Devido à exploração do pré-sal e de outros derivados do petróleo,¹³⁷ esta Lei, além de disciplinar alguns dos artigos da norma anteriormente comentada, inova, mantendo a arbitragem como cláusula essencial do contrato, em seu art. 29, XVIII: “são cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: [...] XVIII – as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem”.

Diante dessa abordagem, é possível observar que cada vez mais a arbitragem tem sido prevista nas legislações que demandam a feitura de contratos de larga amplitude e por que não dizer *dificuldade*, o que certamente demandaria tempo maior se levados ao Judiciário para a resolução de possíveis controvérsias.

A transferência dos serviços públicos à iniciativa privada requer estabilidade e solução por meio de mecanismos cada vez mais contemporâneos, céleres e não burocráticos, frutos da meta alicerçada pelo modelo gerencial de Administração Pública. Por isso, institutos do Direito Privado têm ganhado espaço prioritário dentre as cláusulas contratuais. A legislação os coloca, inclusive, como parte integrante da porção essencial do contrato.

A justificativa para essa integração entre Direito Público e Direito Privado repousa na grandeza dos serviços transferidos à esfera privada. Uma possível interrupção, devido à controvérsia ser levada ao Poder Judiciário, traria situação de insegurança, tanto ao ente público quanto ao particular, provocando o desestímulo face ao vínculo criado. Como são serviços de alto valor, seria desinteressante ao Estado a sua consecução, bem porque nem sempre possui recursos possíveis, além de não mais se reforçar a figura do Estado Empresário ou Empreendedor.

Dentre todas as menções, quem se destaca frente ao tema é Ferreira Netto (2008, p. 47):

¹³⁷ Assim dispõe, na íntegra, a sua ementa: “[...] a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social — FS — e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997 [...]”.

Com o ritmo da nova economia, certas controvérsias encontram cada vez mais dificuldade de resolução pelo Poder Judiciário, tendo em vista a necessidade imperativa de celeridade, o grau de conhecimento e o nível de especialização requeridos sobre o assunto, por parte de quem solucionará o conflito.

Cada vez mais novas tecnologias são empregadas nos serviços e mais se exige da máquina judicial frente às controvérsias que brotam. Como não há, tão logo, verdadeiro aparelhamento, tanto humano quanto material; e como as relações contratuais entre Estado e iniciativa privada têm tendido a utilizar-se de volume imensurável de capital privado, mostra-se muito mais atraente que as porções conflitantes sejam também resolvidas por mecanismos do Direito Privado. Em vez de se possuir auxiliares do juízo para várias etapas do conflito, muito mais promissora a contratação de árbitro que reúna todos esses requisitos. Enquanto que no Judiciário se conduziria a um fim pouco palpável, com a utilização da arbitragem em menos de seis meses poder-se-á obter sentença, e, melhor ainda, sem que haja quebra no oferecimento do serviço.

A explicação para tudo isso é porque as partes, ao buscarem da arbitragem, veem nela uma forma pacífica: não querem a interrupção ou suspensão do contrato, mas a verdadeira solução, que muitas vezes repousa em simples acertamento financeiro, técnico ou humano. Tudo não só tem gerado ótimas expectativas para o futuro do Direito Público, como também tem provocado em toda a legislação dos demais entes do campo federativo — Estados-membros, Municípios e Distrito Federal — o mesmo sentimento de admissão de institutos do Direito Privado. Exemplo disso é a Lei n. 11.688, de 19 de maio de 2004, que trata da instituição de Parcerias Público-Privadas no Estado de São Paulo. Nesta, no art. 11, parágrafo único, ficam verdadeiramente evidenciados quais são os mecanismos amigáveis a que a maioria, muitas vezes de modo não expresso, se refere.¹³⁸ Do mesmo modo fez o Município de São Paulo, por intermédio da Lei n. 14.517, de 16 de outubro de 2007. Nesta, um artigo e dois parágrafos foram empregados para disciplinar a arbitragem.¹³⁹

¹³⁸ Cf. art. 11 e p. único da Lei Estadual n. 11.688/04: “os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor. Parágrafo único. Na hipótese de arbitramento, os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade”.

¹³⁹ Cf. art. 9.º e §§ 1.º e 2.º da Lei Municipal n. 14.517/07: “os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive

Não há como frear os contratos entre Poder Público e particular. Do mesmo modo, não se pode deixar a cargo unicamente do Judiciário a dissolução dos conflitos que merecem cuidado maior, pois se traduzem em instrumentos de alta carga tecnológica, riscos e grande volume de capital. Não interessa nem ao Estado tampouco ao particular a ruptura da relação efetivada a partir do surgimento de qualquer controvérsia. Importa, sim, manter o vínculo, pois há muito mais pontos positivos do que negativos a ambos.

A arbitragem não só representa a rápida eliminação do problema, como contribui para que a relação perdure até o seu termo final, que pode chegar até 30 (trinta) anos. Deixou-se de viver um sistema administrativo, de herança patrimonialista ou desenvolvimentalista, pela qual detinha o Estado maior volume de empreendimentos. A meta contemporânea do modelo gerencial é cada vez mais fortalecer vínculos parceiros para a exploração de grandes obras e serviços, inclusive estrangeiros. Resolver conflitos entre Poder Público e particular unicamente pelo Poder Judiciário significa favorecer cada vez mais o volume de processos que lá povoa. A solução é que exemplos legislativos como esses, que incutem a arbitragem em suas disposições, sirvam de modelo aos futuros projetos de lei que advirão das casas legislativas federais, estaduais, municipais e distritais.

3.4.1.2 Arbitragem, Poder Público e jurisprudência: uma análise frente à arbitragem subjetiva

A jurisprudência brasileira tem impulsionado largamente para que se veja cada vez mais admitida a arbitragem nos contratos administrativos. Dentre os vários exemplos existentes, cumpre destacar alguns deles, sob sucintos apontamentos, em ordem apartada.

No âmbito de controle externo dos atos administrativos, sob o comando do Tribunal de Contas, é interessante notar a posição assumida no ano de 2003, no Acórdão n. 587. Em sede de julgamento, determinou-se que fosse extraída a convenção de arbitragem anteriormente pactuada, após levantamento em auditoria,

por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor. § 1.º Na hipótese de arbitramento, serão escolhidos três árbitros de livre escolha das partes, sendo um indicado pelo Poder Executivo, um pelo contratado e um de comum acordo, por ambas as partes. § 2.º A arbitragem terá lugar no Município de São Paulo, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução de sentença arbitral”.

da qual foram aduzidas falhas no processo licitatório.¹⁴⁰ Sob esse precedente inicial, conquanto recente, qualquer que fosse a menção feita à arbitragem em contrato administrativo, esta deveria, anteriormente, contar com previsão legal, de ordem expressa, não bastando somente a admissibilidade estampada na Lei n. 9.307/96. Tinha-se, como regra, que todo direito de que fosse pertencente na qualidade de parte o Poder Público seria indisponível; um verdadeiro descalço para com o mecanismo resolutivo extrajudicial.

No ano de 2005, em 25 de outubro, o Superior Tribunal de Justiça julgava caso parecido, no REsp. n. 612.439/RS.¹⁴¹ A decisão refere-se à discussão da possibilidade de inserção de cláusula compromissória em contrato advindo de licitação internacional entre uma sociedade de economia mista e uma empresa privada de energia elétrica. A adoção de arbitragem, além de válida, criou vínculo às partes, proibindo-as de obter do Judiciário provimento ao problema após sentença proferida por árbitro competente.

Fato também polêmico e que com certeza se tornou o estopim para que a arbitragem fosse prevista em boa parte da legislação brasileira incide no REsp. n. 693.219/PR.¹⁴² Trata-se de conflito existente entre a Companhia Paranaense de Gás (Compagás) e o Consórcio Carioca Passarelli. A Compagás havia contratado o Consórcio para a construção da rede de distribuição de gás entre os municípios de Curitiba e São José dos Pinhais. Posteriormente, firmaram compromisso arbitral

¹⁴⁰ Processo licitatório com irregularidades relevantes. Inclusão de cláusulas no edital que estipulam a arbitragem para a solução de conflitos, o que é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. A Lei n. 9.307/96, em seu art. 1.º, dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Segundo entendimento [...], o interesse tutelado na relação jurídica que será estabelecida pelo contrato é inquestionavelmente de natureza pública, sendo, portanto, indisponível. Disso decorre serem nulas as cláusulas do edital que determinam a utilização de arbitragem para a solução de conflitos [...]. Íntegra do Acórdão em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

¹⁴¹ PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1.º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios de correntes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido. Conteúdo disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 nov. 2011.

¹⁴² Conteúdo disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 nov. 2011.

para dirimirem conflitos acerca do atraso nas obras. Condenada em sede de arbitragem, a Compagás interpôs, no Judiciário, embargos do devedor, sustentando a nulidade do título executivo proferido. O juiz indeferiu-lhe a produção antecipada de provas e julgou o feito antecipadamente. A Companhia, achando-se cerceada em seu direito de defesa, interpôs agravo de instrumento, que fora provido pelo Tribunal.

O caso foi atracar-se no Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, promovido pelo Consórcio, após o provimento ao agravo. A Corte, de modo sábio, não conheceu da ação recursal, sob os seguintes fundamentos: i) impossibilidade de reforma do mérito da sentença arbitral; ii) na eventualidade de nulidade da sentença arbitral, a matéria deve ser remetida novamente ao árbitro para proferir nova sentença. Isso evidencia que, uma vez decidida a lide, pelo árbitro, não pode o Judiciário revê-la; nem mesmo aquele, a não ser se se tratar de nulidade.¹⁴³

Esta posição é comprovada muito antes de ter vida a Lei de Arbitragem, pelo STJ, no REsp. n. 15.231/RS, de 9 de dezembro de 1991. A Quarta Turma, em decisão louvável, sob a redação do Ministro Sálvio de Figueiredo, ressalta que “não se deve declarar a invalidade do Juízo Arbitral quando ele alcança o seu objetivo”.¹⁴⁴

Valença Filho (2009, p. 225-227) traz outro importante caso. Trata-se de mandado de segurança, sob o n. 1998-00-2-003066-9, interposto por Seveng Civilsan S/A (Empresas Associadas de Engenharia) e pela Construtora Andrad e Gutierrez S/A em face da decisão n. 5.372/98 do Tribunal de Contas do Distrito Federal, em 18 de agosto de 1999. Pelo presente instrumento, a Corte de Contas determinava à Companhia de Água e Esgoto de Brasília (CAESB) que se abstinha de recorrer a juízo arbitral para dirimir conflito contratual existente entre eles. Após contrato firmado entre as empresas e a CAESB, optou-se, em processo licitatório, pelo uso da arbitragem, à cláusula vigésima-sexta do termo por eles assinado. Em julgamento unânime, a Corte manteve a arbitragem como meio amigável e resolutivo, não podendo as partes buscar pelo Judiciário, vez que ratificaram instrumento

¹⁴³ Assim evidencia o art. 18 da Lei de Arbitragem: “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

¹⁴⁴ Comentários extraídos da obra de Paulo de Tarso Santos, à pág. 31.

vinculativo, nos termos do art. 41 da Lei n. 8.666/93.¹⁴⁵ Do mesmo modo, é fato que se constituiu em pressuposto de ordem impeditiva ou negativa.¹⁴⁶

Em desfecho às disposições jurisprudenciais dispostas, é deveras retratar o caso entre o Município do Rio de Janeiro e a Fundação Solomon Guggenheim. No Acórdão n. 07839, de 2003, do TJRJ, discutiu-se acerca da instalação do Museu Guggenheim na área do Porto do Rio de Janeiro. Algumas razões aduzidas no Agravo de Instrumento promovido em sede de ação popular face ao Município suscitavam a impossibilidade de adoção de arbitragem, sobretudo com utilização de normas internacionais da CCI, de Londres, por se tratar de obra de caráter cultural, indisponível, e por ser promovida com verba pública.

Em decisão histórica, a Corte delimitou evidentes dois pontos de suma relevância: i) a Administração pode, pela supremacia do Poder Público que lhe cabe, contratar a arbitragem, desde que válida e que conste do instrumento contratual; consiste na atuação do Estado como particular e não como Estado-Aparato ou Estado-Administração; ii) não se é possível utilizar da regra do sigilo absoluto em arbitragem pública, por ferir dispositivo constitucional maior.

No que toca à arbitragem subjetiva, não há que negar a existência anterior de norma que defina a forma pela qual o litígio será resolvido, vez que não se pode negar a segurança jurídica que deve imperar nos contratos em que é parte a Administração Pública. Entretanto, implicitamente se é possível neles enxertar a arbitragem. Se o Poder Público pode dispor, a qualquer momento, da sua utilização, quando não pactuada, pode também dispor da busca pelo Judiciário em face daquela, que é mais benéfica, célere e não burocrática. Segundo defende Valença Filho (2009, p. 241), “quem pode o mais, pode [também] o menos”. Isso tão só é verdade — e, deveras, benéfico —, que tem levado as Cortes brasileiras a mantê-la quando suscitada em sede de recurso ou em ação autônoma.

3.4.2 Arbitragem Objetiva

Do outro lado do problema tem-se a arbitragem objetiva. Trata-se da possibilidade de emprego da arbitragem frente aos bens envolvidos, levando-se em

¹⁴⁵ Cf. art. 41 da Lei n. 8.666/93: “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

¹⁴⁶ Isso é o que determina o art. 267, VII do Código de Processo Civil: “extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VII – pela convenção de arbitragem”.

conta a sua disponibilidade, isto é, o objeto do conflito; as matérias que podem ser conduzidas pela arbitragem para a sua resolução (FERREIRA NETTO, 2008, p. 51).

De acordo com a Lei 9.307/96, art. 1.º, somente direitos patrimoniais disponíveis podem ser levados à resolução por meio da arbitragem. Qualquer outro direito diverso desses é matéria prejudicial a ser conduzida ao Poder Judiciário, nos termos do seu art. 25. Do mesmo modo, o Código Civil, em seu art. 852,¹⁴⁷ veda compromisso que envolva questões de estado, de direito pessoal, de família ou outras que não sejam daquele teor. Não há como se questionar abertura ou lacuna. Problema há quando se trata de controvérsias advindas de contratos efetivados entre Poder Público e particular, que tanto envolvem questões indisponíveis quanto disponíveis, momento em que a Administração atua como ente privado.

A solução é pacífica na doutrina. Di Pietro (2001, p. 232-233) traz três formas contratuais das quais participa o Poder Público: i) na primeira delas, inexistem sequer contrato administrativo, pois neste, se formado, não haveria igualdade, autonomia da vontade e força obrigatória da convicção, já que o Poder Público impera com supremacia; ii) na segunda, todos os contratos celebrados pelo Poder Público são verdadeiramente contratos administrativos; iii) na terceira — corrente majoritária —, todo contrato administrativo pertence ao gênero *contrato*, ora sob o regime de Direito Público (contratos essencialmente administrativos ou administrativos propriamente ditos), ora sob o regime de Direito Privado (contratos privados — ou comuns — efetivados pelo Poder Público).

A maioria da doutrina tem como válida a terceira corrente. A explicação para isso é porque a Administração Pública não somente ratifica contratos sob o regime do Direito Público (guiados por normas autônomas), mas também o faz sob o regime de Direito Privado, guiada pelo Código Civil ou por legislação especial. Se fosse adotada a primeira ou segunda corrente, tampouco poderia o Poder Público fazer uso da arbitragem para a cura de suas controvérsias, já que se estaria infiltrando em campo unicamente indisponível. Pela terceira corrente, o Poder Público também contrata sob normas do Direito Privado, na qual se insere perfeitamente a arbitragem.

A mesma ideia é adotada por Eros Grau (2002b, p. 395-405), pela qual sustenta inexistir no Brasil um só regime jurídico aplicado aos contratos

¹⁴⁷ Cf. art. 852 do Código Civil: “é vedado o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

administrativos. Embora a Administração possua poderes de alteração dos seus termos, unilateralmente, a relação não deixa de ser contratual. O Estado-Aparato ou Poder Público vincula-se às mesmas regras que o particular.

Parece correto, também, que a atuação da Administração Pública se dê em dupla via negocial: atos de gestão e atos de império. No entanto, trata-se de classificação complexa, que pode ser reduzida a dois únicos campos: de direito primário (indisponível) e de direito secundário (disponível). Isso, do mesmo modo, guarda distinções com o que já foi explicado acerca das atividades que realiza: atividades-fim e atividades-meio.

A atuação primária ou essencial se dá em favor da coletividade, com políticas voltadas ao interesse geral e à promoção do bem-estar social. São, portanto, interesses indisponíveis. Exemplos são vários: meio ambiente, saúde, educação e segurança. Na via secundária ou disponível, a Administração atua para a consecução e garantia dos interesses primários. Além de se trazer em jogo o interesse público, agrega-se o caráter da finalidade.

Não se deve questionar, a partir de então, que para se garantir um interesse essencial se empregue arbitragem para a resolução de determinada controvérsia. De acordo com o entendimento de Tácito (2000, p. 27), em todo contrato, como regra, há cláusulas essencialmente financeiras ou disponíveis, passíveis de utilização da arbitragem. Consistem em atos que a Administração Pública perfaz para a efetivação dos interesses primários, tais como a contratação de serviços diversos, obras e alienações. Para garantir a segurança pública, p.ex., deve a Administração contratar mão-de-obra terceirizada de escuta e filmagem; para a proteção do meio ambiente, deve o Poder Público contratar obras de manutenção de vias e encostas. São atos que, quando problemáticos, ao serem resolvidos por meio da arbitragem somente as partes envolvidas no contrato serão afetadas; e não a coletividade, pois as atitudes processuais não transpassam. São, em regra, contratos de parcerias entre Poder Público e esfera privada, acoplados ao regime do Direito Privado, no qual tem espaço a arbitragem, diante da sua disponibilidade.

Se se adotar as terminologias *atos de império* e *atos de gestão*, nos primeiros não cabe a arbitragem. São atos pactuados sob o regime do Direito Público, fundados nos requisitos *essencialidade* e *utilidade*, não passíveis de transação. Mas, ao se atuar em regime estritamente comercial ou negocial, se está a

atuar sob o regime de gestão, cujas normas obedecem ao Direito Privado, plenamente disponíveis.

Sob explicação de Eros Grau (2002a, p. 53):

Permito-me, contudo, inicialmente anotar a circunstância de que, ainda que o uso da arbitragem não seja comum, a ponto de atizar a curiosidade dos da atualidade, essa não é questão que tenha passado despercebida por nossos juristas. O fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações. E uma delas pode ser o erro, muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração. Um pesquisador atento e diligente poderá, todavia, facilmente verificar que não existe qualquer razão a inviabilizar o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público.

Prova dessa corrente majoritária pelo emprego da arbitragem concentra-se nas inúmeras disposições legais que já a trazem para a resolução dos possíveis conflitos. Não há como se desprezar as metas impostas constitucionalmente ao Estado para a busca de mecanismos pacíficos e amigáveis — ou extrajudiciais — de solução de controvérsias; e não há, do mesmo modo, que se preterir instituto que reproduz celeridade, eficiência e inovação, peças-chaves do modelo de administração contemporânea.

É de se salientar, também, que nem todas as matérias controversas podem ser conduzidas ao juízo arbitral, momento em que tem vez o caráter objetivo. Entretanto, não se deve vincular os atos do Estado unicamente ao Poder Judiciário quando da presença de conflitos. O Estado, assim como o particular, contrata, compra, vende e aliena. Têm-se aí atos verdadeiramente privados, sob a égide do Direito Privado. É o Estado agindo como pessoa privada. Do outro lado, tem-se o Estado perante interesses indisponíveis; o Estado agindo como Estado, como ente público, como Administração Pública. Por isso, deve-se encontrar neste uma porção daquele, isto é, acesso à indisponibilidade a parte disponível.

Assim como o Estado se mantém na garantia de direitos essenciais, efetiva contratos de Direito Privado para a sua consecução, plenamente disponíveis e possíveis de ter a arbitragem como mecanismo resolutivo, motivo pelo qual também se tem nela a garantia do interesse público. Conquanto já se tenha avivado a presente discussão, convém reafirmar o entendimento de Ferraz (2008, p. 50): a

Administração Pública, para a consecução do interesse público primário ou das atividades-fim, efetiva relações jurídicas consistentes em contratos relativos a serviços, obras, aquisições e alienações, em parceria com particulares ou com outros entes públicos. Para tanto, o administrador público, ao convencionar o uso da arbitragem, deve efetuar uma análise pormenorizada do que está a negociar e se o objeto é realmente disponível ou negociável, sob pena de ter, ao final, uma sentença arbitral nula.

Do mesmo modo, não há barreiras para a sua utilização dentro dos próprios limites públicos, isto é, entre Estado e Estado. Não se estaria ferindo interesses indisponíveis se a administração direta transacionasse com a indireta por meio da arbitragem, já que, como regra, tudo se mantém *intramuros*. De modo conotativo, segundo as reflexões de Ferreira Netto (2008, p. 60), “o dinheiro estaria passando do bolso esquerdo para o direito, mas continuaria na mesma calça”.

3.5 A GARANTIA DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DA ARBITRAGEM

Vencidas as questões frente à indisponibilidade do interesse público, não há como não evidenciar os princípios gerais constitucionais pelos quais se orienta a Administração Pública.

A matéria pertinente ao interesse público, por melhor adequação temática, restou evidenciada em tomo anterior, no momento em que se tratou da primazia dos interesses primários e secundários. Resta, a partir da qui — e por absoluta carência de espaço e delimitação do objeto de estudo —, traçar alguns aportes, sob sucintas explicações, acerca dos princípios da eficiência, economicidade, motivação, publicidade e sigilidade, acostados à arbitragem quando eleita como mecanismo resolutivo de conflitos envolvendo negócios jurídicos públicos.

3.5.1 O Princípio da Eficiência

Na Administração Pública, o marco do aparecimento do fator *eficiência* entre os demais princípios é dado pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Sua integração ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 trouxe reflexos positivos também para o campo contratual, consolidando de vez o modelo

gerencial de administração, iniciado a partir da segunda metade do século XX, após o rompimento com heranças burocráticas e desenvolvimentistas de governos passados. Ser eficiente consiste em melhor utilizar os recursos disponíveis; em focalizar um objeto específico. Ser eficaz, de modo diverso, reside na escolha adequada do procedimento, que resulta em sucesso na operação (METCALFE; RICHARDS, 1992, p. 33-34, tradução livre).

Ser eficiente não significa ser eficaz. Não basta contar com bom aparelhamento e corpo instruído; é preciso possuir, acima de tudo, bom gerenciamento das relações negociais para que aquele corpo possa produzir bons frutos. É sob este panorama que deve funcionar a Administração Pública, o processo, tanto jurisdicional quanto arbitral, o árbitro e o juiz. Segundo observa Justen Filho (2005, p. 85), na Administração Pública o fato de ser eficiente não é ter bons rendimentos econômicos, como na atividade privada ou nas atividades realizadas pelas empresas privadas e sociedades de economia mista; é cumprir com sua função social — a função administrativa de garantia do interesse público —, que não a impede de traçar novos caminhos, muito mais assertivos, principalmente na gestão dos conflitos contratuais.

Em seus estudos, Watanabe (2005, p. 22-32; 63-64) defende que não há possibilidade de se manter um poder organizado se não se possuir mecanismos de atualização e reforço. Do mesmo modo, é extrema a necessidade de que institutos processuais sejam cada vez mais adaptados ou reformulados às exigências contemporâneas, para que abranjam a realidade conflituosa contratualizada. Na atualidade, conflitos levados ao Poder Judiciário não têm obtido eficientes resultados, pois não se possui um corpo instrumentado de servidores; tampouco eficaz, pois os procedimentos de que se utiliza também não produzem, por meio daquele, bons resultados.

Não há como se manter resistente à entrada de mecanismos inovadores, como a arbitragem. A garantia de bons resultados em relações contratuais, ainda que surjam controvérsias ao seu redor, deve ser mantida íntegra pelo administrador público. A eficiência do vínculo contratual não deve prever apenas lastro lucrativo, mas também meios eficientes no trato das relações controversas. É por isso que tem se tornado crescente a luta legislativa pela inserção de formas extrajudiciais de resolução de conflitos em âmbito público, reforçadas pela Constituição Federal de 1988, pela Lei de Arbitragem e pelo princípio da eficiência administrativa.

3.5.2 O Princípio da Economicidade

A arbitragem apresenta a melhor relação custo-benefício aos conflitos por ela resolvidos, pelo pouco tempo que necessita para possuir decisão final. Enquanto que o processo jurisdicional percorre por vias ordinarizadas de cognição, a arbitragem desponta com grande avanço por possuir, como limite legal,¹⁴⁸ seis meses de interstício até a prolação da sentença, além de reunir procedimentos muito mais ágeis e técnicos (MAGRO; BAETA, 2004, p. 16). A economia não incide somente nas custas processuais, até porque a arbitragem, em certos casos, acaba possuindo taxas muito mais altas do que a justiça comum. Consiste, na verdade, em se fazer uma ponderação dos fatores *tempo* e *custo-benefício*: quanto maior for o lapso temporal despendido no processo, maiores serão os gastos, sem contar todo o desgaste pessoal envolvido.

Na arbitragem, a relação entre eles é sempre diretamente proporcional, isto é, ao se aumentar o tempo, o custo será acrescido exponencialmente; quanto menor o tempo, menor aquele. O inverso também é recíproco, pois quanto menores os custos, menor será o tempo. No Poder Judiciário, nem sempre o resultado é igual, pois quanto maior o tempo, maiores serão os custos. Entretanto, quanto menores os custos, nem sempre menor será o tempo. A relação acaba inversamente proporcional à trazida pela arbitragem, pois nesta não se dispõe de acesso ao grau recursal, além de se poder contratá-la de modo *ad hoc* e gratuitamente, desde que o árbitro seja servidor público designado a tal múnus.

Quando se trata exatamente da resolução de conflitos, tempo desmedido é sinônimo de deseconomia processual. As partes, ao buscarem pela arbitragem, desejam ver rapidamente resolvido o problema, pois têm plena vontade de manter o vínculo negocial estabelecido. Quanto maior for a demora processual, mais depreciativo será à relação, provocando até mesmo a sua dissolução antecipada.

Sobre esse ponto, convém novamente mencionar que não interessa ao particular, nem à Administração, o rompimento do vínculo negocial efetivado, ainda que haja conflito. Isso porque, em regra, a contratação de serviços requer grande valor em mão-de-obra, capital, tecnologia e insumos, o que irá, sem dúvida, onerar

¹⁴⁸ Cf. art. 23 da Lei de Arbitragem: “a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Na data tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”.

ainda mais o Estado, que não mais se qualifica na forma única de agente investidor, mas como ente fiscalizador. Ao buscarem o Judiciário, pela larga escala resolutive existente, as partes acabam por se desentender ainda mais, rompendo com a relação efetivada, o que não ocorre em sede de arbitragem, pelo caminhar junto entre demandante, demandado e árbitro.

Outro ponto importante é a ausência do duplo grau recursal, como ocorre no Poder Judiciário, fator que também se mostra positivo à Administração Pública. A sucinta previsão, pela Lei de Arbitragem (art. 30), aos embargos declaratórios sequer a maculam, pois nem mesmo consistem em ação autônoma, mas em mero perscrutar do certo decisório.

Não há complexidades ao se transpor o princípio da economicidade do âmbito público ao âmbito privado, na qual repousa a arbitragem. Economia processual significa, acima de tudo, a prevalência da eficiência, da moralidade e da garantia do interesse coletivo. Quanto mais longo durar o conflito entre Poder Público e esfera privada, mais distante se estará do bem comum que deve refletir a justiça. Trata-se da atração cada vez maior de melhores créditos às relações contratuais efetivadas, não de modo a desconfigurá-las, mas a mantê-las íntegras, ainda que frente à iminência de controvérsias. Quanto mais gravoso for o método empregado pelo administrador, seja na avença ou na desavença, mais distante estará da prescrição normativa que rege todos os serviços públicos.¹⁴⁹ Traduz-se, como regra geral, na busca da sua melhor permanente, cada vez mais incansável (LEMES, 2007, p. 154-155).

Em desfecho, explica Bugarin (2011, p. 104-105) que os atos administrativos, na sua totalidade, devem estar cada vez melhor delineados economicamente, de modo que haja a correta alocação dos recursos públicos. Ainda que não figurem como ótimos produtores de resultados, com extrema eficiência e excelência, que mantenham os seus esforços dirigidos a um modelo perspicaz de investimento público, precisado constitucionalmente pelo fator *economicidade*.

¹⁴⁹ A Constituição Federal, em seu art. 70, dispõe sobre a economicidade: “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

3.5.3 O Princípio da Motivação

Todo ato, seja jurisdicional ou administrativo, deve ser motivado, ou seja, ter expressados os motivos que levaram a essa ou àquela tomada de decisão. Na arbitragem não ocorre de modo diverso. O árbitro tem o dever de “verificar a verdade das partes e se convencer de que têm razão; [e há] liberdade de apreciação e avaliação das provas existentes nos autos para decidir a causa” (CAETANO; PAASHAUS, 2006, p. 139.), conquanto devam ser postos os motivos que o conduziram àquilo. Resume-se, regra geral, no princípio do *livre convencimento motivado*, presente também no campo processual jurisdicional. Do mesmo modo, o administrador tem o dever de expor os motivos que o levaram a contratar a arbitragem como meio resolutivo, sob pena de invadir o campo da discricionariedade irrestrita ou da improbidade, quando em meio a interesses indisponíveis.

Na Lei de Arbitragem, o termo *motivar*, ora expresso, ora recôndito, aparece em vários momentos, desde a efetivação da convenção e escolha dos julgadores até a sentença final. Sob o entendimento de Meirelles (2010, p. 101), a motivação é fruto do rompimento com o Estado Patrimonialista ou Absolutista, cuja vontade monárquica era preponderante às demais. Não cabe, no Estado Democrático de Direito, relutância nesse sentido.

O Direito Administrativo ou Direito Público, ainda que cabíveis os institutos do Direito Privado, encontra-se permeado pela legalidade dos seus atos, pedra de toque de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nele, toda vontade é uma vontade condicionada à vontade da lei; qualquer que seja a vontade, é uma vontade coletiva; não interessa a um, mas a toda a coletividade; é um talante permeado pelo interesse público. Ao se prolatar sentença que traduz uma vontade administrativa, ainda que face à esfera privada, constitui-se na vontade da lei, devendo explicar-se perante ela (legalmente) e perante o Direito (juridicamente). Por isso, de acordo com a Lei n. 9.784, de 1999, art. 2.º e parágrafo único, I,¹⁵⁰ além de outros princípios basilares que regulam a Administração Pública, motivar é norma inafastável, que não só

¹⁵⁰ Cf. art. 2.º da Lei n. 9.784/99 e parágrafo único, I: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito”.

justifica a adoção da arbitragem para a resolução desse ou daquele conflito, mas também sedimenta a vontade coletiva; a vontade pública.

3.5.4 Os Princípios da Publicidade e Sigilosidade

Nem todos os atos administrativos são sigilosos, mas na arbitragem todo o processo o é, pois diz respeito tão somente às partes e ao árbitro. Estas premissas, num olhar desatento, podem provocar espanto, pois se pode muito bem barrar a sua utilização nos conflitos envolvendo negócios jurídicos públicos. É importante que seja traçada uma linha que separe a sigilosidade, em seus aspectos subjetivo (quanto aos sujeitos processuais — partes e árbitro ou árbitros) e objetivo (quanto ao objeto em litígio — documentos, atos e procedimentos).

No Direito Comparado, não mais se tem na arbitragem o sigilo absoluto. Na Austrália, explica Ferraz (2008, p. 61), somente as audiências são realizadas às escuras. Nos Estados Unidos e Suécia, o sigilo só existe se pactuado previamente pelas partes, perante o árbitro ou Tribunal. A questão não é desde logo pacífica, já que no Brasil há certa tendência de que deva imperar o sigilo das decisões arbitrais. Trata-se, entretanto, de procedimento equivocado, pois somente o árbitro é quem tem, perante a lei, o dever de guardá-lo. É o que dispõe o art. 13, § 6.º da Lei de Arbitragem: “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. As partes, assim como ocorre no Direito Americano e Sueco, se submetem à regra se a pactuarem previamente, pois gozam de plena autonomia volitiva. Tudo, como regra, é questão de ponderabilidade de direitos e deveres, residente na boa-fé — tanto objetiva quanto subjetiva — que deve guiar todo o processo, inclusive desde o momento da efetivação do contrato que assinalou a arbitragem como mecanismo resolutivo.

Resguardados os deveres e direitos processuais e constitucionais relativos à intimidade das pessoas, bem como às provas de caráter emergencial ou confidencial, não há regra maior que lhes imponha sigilo absoluto. Nem a Lei de Arbitragem o faz. Da análise que traz do acórdão da 13.ª Câmara Cível do Tribunal

de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ),¹⁵¹ Garcez (2007, p. 86) defende ser “atentatório aos preceitos constitucionais o estabelecimento de cláusula geral que exige o sigilo na arbitragem, não podendo o município a ela se submeter”. No trato da questão, o Município do Rio de Janeiro, em contrato com a Fundação Solomon Guggenheim, efetivou cláusula arbitral para a regularização contratual, conquanto nela enxertou menção para que se mantivesse o sigilo absoluto no procedimento e decisão. Sob análise sucinta do *decisum* da Corte de Justiça, em sede de agravo de instrumento em ação popular, aduziu-se que nem todo interesse público é absolutamente indisponível, conquanto alguns direitos individuais, como a publicidade, o são, pois o seu desrespeito deturpa norma primária de direito constitucional.

Isso se torna atrativo quando uma das partes é a Administração Pública. Por força do princípio da publicidade, estampado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, não pode o ente público sujeitar-se, ainda que facultativamente, à cláusula que lhe imponha sigilo. Não significa, portanto, que o administrador litigante tornará públicos os atos que possam importar lesão à intimidade de pessoas ou da coletividade. Se o árbitro, perante a Lei de Arbitragem, art. 18, é juiz de fato e de direito, equiparado ao Estado-juiz em tudo o que age e decide, cabem-lhe perfeitamente os termos do art. 93, IX da Constituição Federal:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Não há sigilosidade absoluta, mas esta pode, conforme o caso e a conveniência — e de modo cauteloso —, ser decretada pelo árbitro, sem que se fira a publicidade que permeia constitucionalmente a Administração Pública. Também deve o árbitro, a partir do momento que ratificou o contrato de arbitragem, dando o seu pleno aceite ao termo, manter-se silente e diligente sobre tudo o que vê, lê, ouve

¹⁵¹ Trata-se do Acórdão n. 2003.002.07839/TJRJ, referente ao Agravo de Instrumento promovido em sede de ação popular, à data de 29 de outubro de 2003. Outras informações em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

e faz, sob pena de lhe recair as sanções legais — administrativas, cíveis e penais — também cabíveis aos membros do Poder Judiciário.¹⁵²

3.6 APLICAÇÃO PRÁTICA DA ARBITRAGEM EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Não se trata, neste ponto, de condicionar a arbitragem a uma identidade com o processo jurisdicional, mas sim fornecer algumas das suas principais similitudes no campo prático. Não consiste em tarefa descomplicada a transpor institutos processuais para o processo arbitral, tendo-os como regras fundamentais de aplicabilidade compulsória, já que a Lei de Arbitragem deixa, de certa forma, livre a sua condução na resolução das mais variadas controvérsias. Do mesmo modo, não se almeja intender, impor conceitos ou afixar novos paradigmas ao processo privado, mas sim demonstrar que muitos dos mecanismos jurisdicionais se lhe aplicam, ora visíveis, ora recônditos, e que muito favorecem quando da sua utilização nos conflitos em que é parte o Poder Público.

A Lei de Arbitragem, quando publicada, deixou claro que a demanda arbitral será conduzida pelas partes ou interessados e pelo árbitro de sua nomeação e confiança. Isto é o que demonstra o seu art. 2.º, § 1.º: “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. A ressalva, no caso, refere-se unicamente à não-violação dos bons costumes e da ordem pública. Também dispõe o art. 13 que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. Pelas explicações de Rocha (2008, p. 51), deste dispositivo são extraídos dois critérios objetivos: a) ser pessoa física, pouco importando a sua nacionalidade; b) ser pessoa capaz, nos termos do art. 5.º do Código Civil. Não pode ser árbitro pessoa jurídica, pois somente as pessoas físicas são dotadas de vontade e entendimento, podendo analisar fatos, normas e julgá-los sob a sua convicção. Ainda que se recorra a um Tribunal Arbitral, o processo será presidido por pessoa física.

¹⁵² Neste sentido dispõe o art. 36, III da Lei n. 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional): “é vedado ao magistrado: [...] III – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

A Lei não disciplina a formação acadêmico-profissional do árbitro, conquanto não se mostre interessante, principalmente às demandas que tenham como parte a Administração Pública, a escolha de pessoas analfabetas ou de baixo grau de instrução. É importante que o árbitro seja advogado ou, no mínimo, pessoa conhecedora da lei (bacharel ou técnico), do Direito e da matéria que irá julgar; ou, na medida em que podem ser nomeados vários árbitros à demanda, em número ímpar, como denota o art. 13, § 1.º, é possível que apenas um deles possua conhecimentos jurídicos; e os demais, as habilidades técnicas frente ao problema, fato que se mostra muito benéfico, pois não será preciso contratar assistentes ou peritos, o que aumentaria largamente os custos.

O legislador de 1996 não despejou muita liberdade à condução do juízo arbitral, pois delimitou que só se usaria da arbitragem às causas versadas sobre direitos patrimoniais disponíveis. Deparando-se o árbitro com direitos de natureza diversa desses deve, compulsoriamente, remeter o processo ao Judiciário, como mostra o art. 25 da Lei.¹⁵³ Também “o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima), desde 1997, traz regulamentos às Câmaras [ou Tribunais] Arbitrais, já que estes não se submetem ao poder governamental, devendo, no máximo, remeter ao Ministério Público os casos que acharem inapropriados” (SANTOS, 2010, p. 19).

Outro ponto não menos descomulgado reside no art. 7.º da Lei.¹⁵⁴ Lá, o desrespeito à utilização da via privada, previamente pactuada, dá às partes em face dos sucumbentes o direito de peticionar ao Poder Judiciário que os obrigue à sua composição. Assim como ocorre no processo jurisdicional, existe um condicionamento ao feito arbitral, ainda que com pesos distintos, mas que traz segurança tanto ao Poder Público quanto à esfera privada.

Implicitamente, a Lei de Arbitragem subscreveu tipos mandamentais que se exaltam como pressupostos e condições — os mesmos pressupostos e as mesmas condições da ação jurisdicional. Incabível, neste ponto, a explicação de Rocha (2008, p. 93), que relata ser inútil o emprego de institutos não privados no feito

¹⁵³ Cf. art. 25 da Lei de Arbitragem: “sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”.

¹⁵⁴ Cf. art. 7.º da Lei de Arbitragem: “existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

arbitral, pois o deixariam muito mais complexo, vez que toda a sua essência se liga unicamente à validade da convenção. Não se trata de retirar ou impor normativismos positivistas à arbitragem, mas sim fazer com que as decisões que dela partam sejam acatadas e bem quistas quando se está a atuar numa esfera que prima pela indisponibilidade do interesse público, eficiência, legalidade e economicidade. Partindo-se dessas premissas, é possível apontar as principais similitudes do processo arbitral com o jurisdicional.

A formação da arbitragem, como regra geral para o meio administrativo, deve obedecer à inserção de *convenção de arbitragem*, que desde o início traga cláusula compromissória devidamente efetivada e sem vícios, prevendo, antecipadamente, a utilização do instituto quando — e se — sobrevier algum tipo de controvérsia sobre direitos patrimoniais disponíveis, reduzida a termo no contrato após a adjudicação do objeto em processo litigatório. Pode possuir característica *cheia*, ao se referir aos requisitos essenciais (foro; possíveis árbitros; regras aplicáveis) já estabelecidos desde a sua formação, conquanto não existam óbices para que seja avençada na forma *vazia* ou *em branco*, isto é, aquela que nada indica frente aos principais recursos da arbitragem.

No momento contratual em que se reside, é conveniente pender à admissibilidade da primeira face à segunda, por se tratar de âmbito público, que preza, acima de tudo, pela publicidade. A partir do momento em que o contrato efetivado traga cláusula *vazia*, devem as partes, surgido o conflito, firmar compromisso por escrito no sentido de definir as regras a serem seguidas, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei¹⁵⁵ (SCAVONE JUNIOR, 2008, p. 69-70).

Também é de se reavivar que não se mostra defeso optar pela arbitragem após o aparecimento da controvérsia. A Lei de Arbitragem, em seus arts. 3.º e 9.º,¹⁵⁶

¹⁵⁵ Cf. arts. 10 e 11 da Lei de Arbitragem, respectivamente: “constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I – o nome, profissão, e estado civil e domicílio das partes; II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III – a matéria que será objeto da arbitragem; IV – o lugar e o tempo que será proferida a sentença arbitral”. “Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III – o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros”.

¹⁵⁶ Cf. arts. 3.º e 9.º da Lei de Arbitragem, respectivamente: “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. “O compromisso arbitral é a convenção

possibilita que as partes, surgida a lide, procurem resolvê-la pela arbitragem ainda que não hajam antecipadamente ratificado a sua permissão. Se não se pactua resolver conflitos pelo Judiciário, nem de modo antecipado, nem posterior, na arbitragem não deve ocorrer diferente: ou se opta por ela de modo prévio, por meio de *cláusula compromissória*; ou de forma ulterior, pelo *compromisso arbitral*, ao qual se adota as mesmas regras daquela, embora sempre de cunho *cheio*.¹⁵⁷

Assim como no processo jurisdicional, a arbitragem não se resume em um procedimento cujo término se dá por meio de laudo — o laudo arbitral. A Lei, em seu art. 33, § 2.º, II, traz por uma única vez o termo associado à nulidade da sentença, o que não significa dizer que a decisão produzida pelo julgador seja assim constituída, vez que dispõe, no Capítulo V, os mesmos requisitos do processo estatal. Há um processo arbitral, o qual compõe, ao final, uma sentença, da qual poderá advir condenação ou não.

Na arbitragem deve existir um mecanismo corporificador do problema em si (mérito) — a petição inicial —, que, muito embora não se perfeça nos moldes impostos pelos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil, deva possuir forma escrita. Quando feita de modo oral, fato raro frente às demandas em que é parte o Poder Público, deve o árbitro tomá-la a termo. Seu conteúdo e forma podem vir expressos quando da efetivação da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, quando pactuados no modo *cheio*, conforme dispõem os arts. 3.º, 4.º e 9.º da Lei de Arbitragem.¹⁵⁸

Se se estiver diante de Tribunal Arbitral (arbitragem institucional), segue-se as suas normas internas, decodificadas num estatuto. Tudo se resume num pedido levado à Secretaria Arbitral, que notificará todos os demais componentes do processo (GARCEZ, 2005, p. 237). Em se tratando de arbitragem formada pelas

através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

¹⁵⁷ Vide arts. 10 e 11 da Lei de Arbitragem.

¹⁵⁸ Cf. Lei de Arbitragem, Capítulo II, arts. 3.º, 4.º e 9.º: “art. 3.º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Art. 4.º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1.º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Art. 9.º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1.º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2.º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”.

próprias partes (*ad hoc*), as normas devem ser pactuadas por escrito, sob a égide da Lei e da autonomia da vontade, prevalecendo, no caso, o interesse da Administração ou a vontade coletiva.

Não há necessidade de rigor na confecção de pedidos ao árbitro. Da mesma forma, não se deve cogitar inépcia ou insuficiência de requisitos essenciais, pois isso feriria no todo o instituto, que se marca pela desburocratização, celeridade e economicidade. A exigência que se faz é quanto à aferição, pelo árbitro e pelas partes, dos quesitos de validade e eficácia da convenção ou compromisso, conforme dispõem os parágrafos dos arts. 8.º e 19 da Lei,¹⁵⁹ sobretudo por se estar traduzindo controvérsias em âmbito público.

A ciência dos interessados, bem como do árbitro ou árbitros, se dá logo desde o início, quando da formação da convenção de arbitragem, que desta são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.¹⁶⁰ Se as partes ratificaram usar da arbitragem para resolver as suas controvérsias, deram-se por cientificadas a partir desse ato, sendo questão prejudicial, levada ao Judiciário, a sua denegação ou indiferença.¹⁶¹ Remotamente, é possível que exista uma simples notificação a um dos interessados, se vier a preterir, propositalmente, a demanda, ou para cientificá-lo de novos atos (audiências; instruções, entre outros).

O árbitro, por ser terceira pessoa, será efetivado por meio de contrato apartado — o contrato de arbitragem; e é pelo seu aceite que se dá por iniciado o processo.¹⁶² Em âmbito privado ou público, a Lei de Arbitragem não influi na escolha tanto de árbitro particular quanto de um Tribunal ou Câmara Arbitral instrumentada.¹⁶³ A adoção de advogado já foi evidenciada em tomo anterior, à qual se pendeu à sua obrigatoriedade, por se tratar de controvérsias que envolvam a

¹⁵⁹ Cf. parágrafos únicos dos arts. 8.º e 19 da Lei de Arbitragem, respectivamente: “cabará ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões a cerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. “Instituída a arbitragem entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem”.

¹⁶⁰ Cf. art. 19 da Lei de Arbitragem: “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

¹⁶¹ Vide art. 7.º da Lei de Arbitragem.

¹⁶² Vide art. 19 da Lei de Arbitragem.

¹⁶³ A adoção da nomenclatura *Tribunal* ou *Câmara Arbitral* é indiferente, pois na prática traz as mesmas regras pertinentes à arbitragem. A melhor ideia é que, como regra, a Câmara integre o Tribunal.

Administração Pública. O árbitro, ainda que dispense confiança às partes, deve agir com imparcialidade, longe dos vícios de impedimento e suspeição.

A competência em sede de arbitragem deve ser analisada pela matéria versada na demanda e pelo foro ou território, que já se encontra definida previamente, quando da efetivação da convenção. Remotamente — e por interesse relevante —,¹⁶⁴ pode-se deslocá-la a local diverso para julgamento, já que há de se ver ressaltado o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, que dá ao árbitro a competência para decidir sobre a própria competência. Significa dizer que o árbitro tem o dever de pronunciar se é ou não competente à demanda proposta (GARCEZ, 2005, p. 58).

Quando se está a atuar em âmbito público, são interesses relevantes que poderiam deslocar o julgamento a outro foro: o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal (CF, art. 21, V). Outros fatores, ainda que importantes, como os demonstrados anteriormente, pela jurisprudência, devem ser postos em julgamento com extrema cautela, pois não se poderá onerar a Administração por manifestação de vontade particular.

A competência pela matéria versada na demanda já foi delineada em ponto anterior, ao se tratar da arbitragem objetiva. Significa reforçar que não se pode levar a julgamento matérias de caráter diverso do que expressa o art. 1.º da Lei 9.307/96: direitos patrimoniais disponíveis. Caso ainda assim ocorra julgamento de fatos controversos ou que envolvam interesses coletivos ou indisponíveis, deve o árbitro remetê-los ao Poder Judiciário para que, depois de julgá-los, devolva o processo àquele para a sua continuidade, quando ainda restarem matérias disponíveis e patrimoniais.¹⁶⁵ O tratamento de causas diversas da esfera de atuação da Lei importa julgamento de pedido impossível, e, conseqüentemente, uma sentença nula. Garcez (2005, p. 45) explica que “não basta que [o pedido] seja resultante da vontade das partes e isento de vícios; é necessário que, igualmente, seja objetivamente possível”.

No processo arbitral, de modo antecipado ou durante o trâmite comum, são verificados antecedentes de ordem negativa. O primeiro deles é a coisa julgada, que

¹⁶⁴ Quando se está a atuar em âmbito público, são interesses relevantes que podem deslocar o julgamento a outro foro: estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal (CF, art. 21, V).

¹⁶⁵ Cf. art. 25 da Lei de Arbitragem: “sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”.

alicerça o instituto, disposta no art. 31 da Lei de Arbitragem: “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário [...]”. Vale ressaltar que não é possível ocorrer na arbitragem decisão parcial do problema. De acordo com o art. 32, V da Lei,¹⁶⁶ o ato de não se esvair totalmente a controvérsia provoca a nulidade da sentença. Não é possível, desse modo, que incida coisa julgada meramente formal, mas somente material, o que garante eficácia não somente ao processo e à decisão prolatada, mas à lei.

No âmbito público, a existência de coisa julgada, além da segurança jurídica que proporciona, convalida o porquê de boa parte da legislação ter apontado, de modo contemporâneo, a arbitragem como método resolutivo paralelo ao Judiciário. Não se trata de simples acordo de vontades, mas de instituto que possui, além de sentença, a força da petrificação de sua parte dispositiva, proferida pelo árbitro ao decidir o conflito.

Ao se partir ao campo pragmático, Rocha (2008, p. 95) defende que, havendo propositura de demanda em face de órgão arbitral cuja lide já fora julgada no passado, por pedido das partes ou *ex officio*, pelo árbitro, deverá ser desde logo banida. Ainda que isso ocorra em âmbito judiciário, cabe ao juiz ou às partes o seu levantamento, cuja decisão eliminadora se voltará *erga omnes* e *ex tunc* — a todos, desde o momento da celebração da convenção.

O segundo fator refere-se à possibilidade de ocorrer litispendência. Rocha (2008, p. 94), em suas pesquisas, explica que não é raro que ocorra entre atividade arbitral e estatal, momento em que uma exclui a outra, pois não se pode interposição judicial sobre matéria ainda em decisão pela via arbitral, e vice-versa.¹⁶⁷ Contudo, quando isso ocorrer em via unicamente arbitral, não há que se falar em exclusão, pois se está a trabalhar num mesmo nível. Aplicam-se, como meios equivalentes, os arts. 106 e 219 do Código de Processo Civil,¹⁶⁸ sendo considerado

¹⁶⁶ Cf. art. 32, V da Lei de Arbitragem: “é nula a sentença arbitral se: [...] V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem”.

¹⁶⁷ Na via judicial, a presença de convenção de arbitragem é pressuposto negativo e a exclusão — a judicial —, induzindo litispendência apenas ao processo arbitral, num plano pouco palpável no campo do Direito, já que há mecanismos na Lei de Arbitragem que tolhem tal evidência. Na via arbitral, a presença de lide judicial é causa de extirpação desta; jamais daquela. Há que se falar, ainda, em conexão ou continência, quando em planos puramente arbitrais, se for da retenção dos interessados, retirando totalmente o efeito negativo da litispendência.

¹⁶⁸ Cf. arts. 106 e 219 do CPC, respectivamente: “correndo em separado ações comexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar”. “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa;

prevento o primeiro árbitro o que instituir os seus andamentos, eliminando-se o segundo. Isso deve ocorrer *ex officio*, pelo árbitro, ou por provocação dos interessados.

Não há que se falar em perempção na via arbitral. A utilização da arbitragem demanda sempre um provimento final, ao qual se vincularam os interessados pela convenção, sendo nula a sentença que não julgar a lide no todo. Ainda que haja, excepcionalmente, manifesto abandono da causa, a parte desidiosa arcará com todo o ônus provocado à outra, assim como no inadimplemento de contrato, a ser apurado em âmbito judicial.

Nesse momento, há um cuidado maior a ser verificado, pois possui o Poder Público autotutela frente a alguns pontos contratuais. Contudo, ao se pactuar a arbitragem, seja de modo antecipado ou posterior, não há que se falar em desistência ou abandono, já que a existência ou a busca das vias judiciais em preterição àquela resulta em pressuposto de ordem negativa, incutido no bojo do art. 7.º da Lei, igualmente disposto no art. 267, VII do Código de Processo Civil.¹⁶⁹ Se o Poder Público atua frente à legalidade, age em obediência aos institutos do Direito Privado ao efetivar contratos dessa natureza, devendo zelar, de modo indiscutível, pela moralidade e pela boa-fé. Desistir da arbitragem, uma vez pactuada, ou tentar preterir-la no Judiciário, importa ação judicial para a obtenção de perdas e danos, sob consequência maior de que o juiz determinará a sua ulterior instauração.

Outro apontamento importante refere-se à legitimidade para agir em processo arbitral — legitimidade *ad causam* ou pertinência subjetiva —, que já se encontra definida no momento de formação da convenção, sendo neutra a incidência de ilegitimidade. Não se mostra cabível o chamamento de parte pertencente à esfera privada ou pública não constante do contrato anteriormente efetivado. Garcez (2005, p. 46) cita um único exemplo, de modo excepcional: a representação ilegítima de uma das partes, o que feriria por completo o § 3.º do art. 21 da Lei de Arbitragem.¹⁷⁰

e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.

¹⁶⁹ Vide também art. 267, VII do CPC: “extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VII – pela convenção de arbitragem”.

¹⁷⁰ Cf. art. 21, § 3.º da Lei de Arbitragem: “[...] as partes poderão postular [...] respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral”.

A arbitragem não guarda diferenças com o processo jurisdicional no que se refere à sua decisão, exceto quanto à questão da celeridade.¹⁷¹ Enquanto não se dispõe, no processo civil, de um tempo específico para que seja proferido sentença, pois o prazo lhe é impróprio,¹⁷² salvo raras exceções, na arbitragem isto é bem delimitado no art. 23 da Lei: “a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”. Trata-se de fator benéfico às controvérsias que possuem como partes Poder Público e esfera privada. Além de ser possível um recorte temporal quanto ao momento de prolação da decisão, que não pode ultrapassar a casa dos seis meses, tem-se a segurança de se possuir um intervalo pré-determinado ou próprio, o que reporta a verdadeira celeridade que guardada, cuja menção tem sido erigida como meta garantidora do direito fundamental previsto no art. 5.º, LXXVIII da Constituição Federal.¹⁷³

Ao ser proferido sentença, nesta deverá constar um *relatório*, que manifestará todo o procedimento realizado; a *motivação*, pela qual o árbitro tornará evidentes os meios pelos quais julgou; e a *parte dispositiva*, nas quais estarão grafadas todas as matérias resolvidas, submetidas ao manto da coisa julgada. A decisão, assim como todo ato público, deverá ser datada e assinada, tanto pelas partes, quanto pelo árbitro ou árbitros, para que exista e seja válida.¹⁷⁴

Ponto que também se mostra benéfico é a irrecorribilidade das decisões. À sentença arbitral não se é possível ajuizar recurso — nem mesmo arbitral; muito

¹⁷¹ Sobre este ponto, Carmona (2004, p. 43) esclarece que a sentença arbitral “[...] conterà basicamente os mesmos requisitos da decisão final proferida pelo juiz togado”. O uso do termo *basicamente* refere-se às particularidades que possui, dentre elas a celeridade e algumas possibilidades de nulidade.

¹⁷² Interessante salientar que o art. 35, I a III da Lei n. 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) assim se retrata face aos prazos processuais: “são deveres do magistrado: I – cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II – não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais”.

¹⁷³ Cf. art. 5.º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁷⁴ Todos esses requisitos encontram-se presentes no art. 26 da Lei de Arbitragem: “são requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I – o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV – a data e o lugar em que foi proferida”.

menos judicial. O que cabe às partes — em via de exceção e quando convencionalmente, segundo a regra disposta pelo art. 11, IV da Lei n. 9.307/96¹⁷⁵ — é submeter a decisão prolatada a outro órgão arbitral, em virtude de não unanimidade no julgamento, quando feito por mais de um árbitro. Como a Lei determina que haja número ímpar de julgadores, tem-se, como regra — e quando necessário —, a presença de três árbitros. Trata-se de procedimento que, uma vez pactuado, não se mostra benéfico, sobretudo em matérias em que está a atuar como parte a Administração Pública. A Lei de Arbitragem é silente ao fato. O que traz é a possibilidade de se arguir, em sede de declaração, fatos omissos ou controversos, no prazo de cinco dias, ao mesmo órgão prolator.¹⁷⁶

A sentença, quando isenta de vícios, vincula as partes desde logo por seu instrumento, pendendo à execução, quando condenatória. De acordo com o art. 31 da Lei, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”, nos termos do art. 475-N, IV do Código de Processo Civil.¹⁷⁷ Caso não seja condenatória (art. 28 da Lei de Arbitragem) — regra no processo arbitral, já que as partes primam pela conciliação e pela aproximação comercial —, nada se terá a executar, mas tão somente a cumprir a sua ordem. Se condenatória, sua execução deverá ser feita no juízo cível, vez que o árbitro não possui força expropriatória. A partir daí, o cumprimento é feito nos termos do art. 475-P, III do Código de Processo Civil.¹⁷⁸

Cabe à parte vencedora da demanda “postular, perante o juízo cível competente, o cumprimento da sentença arbitral” (FRONTINI, 2006, 85). O procedimento dar-se-á nos termos dos arts. 730 e 731,¹⁷⁹ quando em face do Poder

¹⁷⁵ Cf. art. 11, IV da Lei de Arbitragem: “poderá, ainda, o com promisso arbitral conter: [...] IV – a indicação [...] das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes”.

¹⁷⁶ A equivalência aos embargos de declaração do Processo Civil (art. 535 do CPC) é posta no art. 30 da Lei de Arbitragem: “no prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II – esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, admitindo a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29”.

¹⁷⁷ Cf. art. 475-N, IV do CPC: “são títulos executivos judiciais: [...] IV – a sentença arbitral”.

¹⁷⁸ Cf. art. 475-P, III do CPC: “o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: [...] III – o juízo cível competente, quando se tratar [...] de sentença arbitral [...]”.

¹⁷⁹ Também deve ser observada a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/04), no que toca ao Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), quando em contrato dessa espécie.

Público, ou por meio do art. 475-J, se contra o particular, tendo o vencido o poder de impugnar o pedido, nos termos do art. 475-L, todos do Código de Processo Civil, e art. 33, § 3.º da Lei de Arbitragem.¹⁸⁰

Mais uma vez fica evidenciado que não se afasta o Poder Judiciário do provimento arbitral, sobretudo face às matérias que exigem atos de força ou de polícia (arresto, cautelar, execução, entre outros). Também funciona o Estado para manter a ordem pública, acolhendo possíveis nulidades¹⁸¹ ou julgamentos de causas que não se adequam ao objeto disposto pela Lei de Arbitragem. Como regra, a sentença arbitral produz idênticos efeitos aos da sentença proferida no Judiciário, com mesmos requisitos e mesmas imposições legais, fato que Carmona (2004, p. 45) denomina “Jurisdicionalidade da Arbitragem”. Não se trata de retirar a veia contratual que possui, mas de oferecer a ela a forma, eficácia e validade idênticas às da decisão prolatada em âmbito estatal.

3.6.1 Formação de Título Executivo em Sentença Arbitral: Meio Possibilitador da Execução

Uma vez decidida a lide em sede de arbitragem, forma-se a sentença arbitral, que, como anteriormente se observou, possui mesma forma e mesmos requisitos da decisão jurisdicional. Ocorre que nem toda sentença possui força condenatória. Aliás, o que predomina é a formação de decisões declaratórias ou homologatórias, vez que as partes primam por transigir a todo o momento. De

¹⁸⁰ Cf. arts. 475-J e 475-L do CPC, respectivamente: “caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”. “A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”. O § 3.º do art. 33 da Lei de Arbitragem assim traça: “a decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”.

¹⁸¹ As nulidades da sentença arbitral são trazidas no art. 32 da Lei: “é nula a sentença arbitral se: I – for nulo o compromisso; II – em anou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não de cidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, con cussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, resp eitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2.º desta Lei”.

acordo com o art. 31 da Lei de Arbitragem,¹⁸² só forma título executivo a sentença condenatória.

A decisão proferida pelo árbitro, quando declaratória, deverá ser cumprida em sede de arbitragem, pois inexistem atos de força, expropriatórios ou executivos a serem realizados. Entretanto, se condenatória, não possui o árbitro, muito menos as partes ou o Tribunal Arbitral, o poder de impô-la. Isto é vedado pela própria lei; e sua execução deverá ser feita no juízo cível.

A partir desse ponto, importa fazer algumas observações acerca do título executivo, pois somente por meio dele é que se pode pôr em execução um direito concedido em decisão arbitral. Dentre todos os conceitos postos pela doutrina, Dinamarco (2009, p. 191) explica que o título executivo consiste no “ato ou fato jurídico indicado em lei como portador do efeito de tornar adequada a tutela executiva em relação ao preciso direito a que se refere”. Desta observação, infere-se que a sentença produzida concede à parte vencedora o poder de executar o crédito em seu favor. Entretanto, por se tratar de processo arbitral, não se faz conveniente a denominação *título executivo judicial*, mas sim *título executivo*. E não seria nem um pouco ousado dizer *título executivo arbitral*.

A confusão que se faz acerca do nome se forma porque inexistem, em sede de arbitragem, atos executórios realizados pelo árbitro. Como toda execução de sentença arbitral deve ser realizada no juízo cível, a doutrina insiste na denominação *título executivo judicial*. A Lei Processual Civil traz mesma denominação, em seu art. 475-N.¹⁸³

3.6.1.1 Tipicidade e liquidação

Na arbitragem também predomina o princípio da tipicidade, pelo qual somente são declarados títulos executivos aqueles definidos por lei. O Código de Processo Civil elencou, em seu art. 475-N, dentre eles, a *sentença arbitral*, acrescido da terminologia *judicial*, para que lhe fosse conferida força expropriatória naquele juízo.

¹⁸² Cf. art. 31 da Lei de Arbitragem: “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

¹⁸³ Cf. art. 475-N do CPC: “são títulos executivos judiciais: [...] IV – a sentença arbitral”.

Maior cuidado também incide na sua liquidação. É certo que o árbitro, por reger processo que prima pela celeridade, profira sentença já líquida. Entretanto, exceções podem ocorrer, e, neste caso, surge a seguinte indagação: a quem competiria liquidá-la: árbitro ou juiz? A resposta não é muito descomplicada e divide a doutrina.

Pelo que observa Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 152), toda liquidação, ainda que de sentença arbitral, deve ocorrer em âmbito jurisdicional. A explicação para o fato é que, se é no Judiciário em que deva ser executada a decisão, que se funda num título executivo, também é lá aonde devem ser iniciados os atos de esclarecimento do *quantum debeatur*. Entretanto, uma observação se faz pertinente em face do art. 18 da Lei de Arbitragem: “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Se o árbitro é capaz, perante a lei, de proferir sentença que vincula as partes, inclusive o Poder Judiciário, não faz sentido que a sua liquidação seja neste realizada.

Outro ponto diz respeito ao cabimento de recurso. Como é vedado o procedimento recursal face à sentença que produz o árbitro, a partir do momento em que se passa a admitir a sua liquidação, no Poder Judiciário, por estranho que possa parecer, pela leitura atenta do art. 475-H¹⁸⁴ pode o liquidado, ao não concordar com os atos praticados, interpor agravo de instrumento, o que poria em risco os termos do art. 18 da Lei de Arbitragem.

Outra parte da doutrina observa que a liquidação da sentença arbitral deve ser realizada pelo próprio árbitro que a produz, o que se mostra mais assertivo. Dentre os adeptos, Carmona (2004, p. 314-315) defende que a sentença arbitral, quando condenatória, deve ser determinada, desprezando-se formas de liquidação, ainda que sejam genéricos os pedidos expostos na inicial. A explicação do jurista é correta e está em confluência com os termos do art. 32, V da Lei de Arbitragem. Por não se admitir sentença parcial, não há que se falar em sentença ilíquida, e, ainda que o seja, é dever do árbitro liquidá-la, sob pena de nulidade.

Do mesmo modo, não é certo que a Lei de Arbitragem tenha concedido às partes o poder de decidir a quem caberia a liquidação da sentença. Conforme os termos do art. 13, § 3.º, “as partes poderão, de comum acordo, estabelecer o

¹⁸⁴ Cf. art. 475-H do CPC: “da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento”.

processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada”. Seria pensar que as partes, por meio deste dispositivo, pudessem eleger se lhes caberia sentença ilíquida a ser, posteriormente, liquidada pelo Poder Judiciário. Caso o árbitro prolatasse decisão já líquida, estar-se-ia diante de nulidade, confirmada pelo art. 32, IV: “é nula a sentença arbitral se: [...] IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”.

Essa situação é evidenciada por Talamini e Wladeck (2010, p. 166-167), mas vai de encontro aos princípios gerais do processo arbitral, dentre eles o dever de se manter a celeridade, e, num olhar não menos negativo, o dever de probidade e da proibição da incursão por atos protelatórios ao se embrenhar nos ditames legais e axiológicos da Administração Pública.¹⁸⁵

A liquidação, conforme observam Talamini e Wladeck (2010, p. 163-164), é obrigatória em toda sentença arbitral, pois é por meio dela que se poderá aferir o correto valor a ser exigido (*quantum debeatur*), que não se confunde com o seu mérito (*an debeatur*); com a lide arbitral. Ainda que a discussão levada a julgamento seja o descumprimento de cláusula contratual, a partir do momento em que sejam envolvidos valores econômicos, a liquidação far-se-á obrigatória, por se estar diante de uma vontade maior: o talante público. Toda esta discussão demonstra que, se antes se tinha sentença de perspectiva constitutiva, com o surgimento da matéria econômica passa-se a ter viés condenatório, com exigência de liquidez.

3.6.1.2 Certeza e exigibilidade

A partir do momento em que a sentença arbitral é prolatada, a formação do título executivo é imediata, e isso, certamente, compõe os requisitos *certeza e exigibilidade*. Não se pode falar em título se não estiverem presentes tais requisitos (DINAMARCO, 2009, p. 222). No processo jurisdicional, com base no que dispõe o art. 586 do CPC,¹⁸⁶ não se pode nem mesmo cogitar a mera probabilidade de execução se não se fizerem presentes aqueles. Pela Lei de Arbitragem, a indicação

¹⁸⁵ Por analogia ao art. 538, p. único do CPC: “[...] Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.

¹⁸⁶ Cf. art. 586 do CPC: “a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”.

vem expressa quando da possibilidade de ocorrer eventual nulidade na sentença, como confirmam os termos do seu art. 32.

Pela certeza da obrigação ser ão elencadas as partes, credor e devedor, seus elementos subjetivos, a quem a lei confere legitimidade executória; e também seus elementos objetivos: uma obrigação de entregar coisa, de dar, reparar, fazer ou não fazer ou de pagar quantia. A formação de título executivo a partir de sentença arbitral está ligada aos mesmos requisitos do processo jurisdicional, o que tampouco lhe retira as suas principais benesses: celeridade e desburocratização. Além disso, as suas características são extraídas do próprio procedimento, não necessitando buscar de vias paralelas para que atinja validade e eficácia.

3.6.2 Execução de Sentença Arbitral no Órgão Judicial

Na jurisdição romana tem-se a comentar alguns aportes históricos frente à execução.¹⁸⁷ Nesta época, partia-se de um período sem qualquer clemência, que pela penalização desregrada tudo era resolvido. Eram as chamadas *tutelas interditas*, pelas quais as cobranças eram realizadas diretamente em face da pessoa do devedor, sem legitimidade, com favorecimento da vingança privada e de castigos imoderados. Com esforços cada vez mais voltados ao abrandamento das penas, sob influência do cristianismo, pendeu-se a uma execução unicamente em face dos bens do devedor, nascendo, nesse momento, um dos primeiros traços que reforça o princípio da menor onerosidade na execução.

Ovídio Baptista da Silva (2002, p. 20), em comentário às palavras de Biondi, observa que:

O abandono das formas antigas de execução pessoal e da própria escravidão por dívidas, em favor da execução puramente patrimonial, de resto mais vantajosa ao credor, inteiramente harmônica com o espírito dos novos tempos, provocou uma completa revolução no campo do processo civil que, a partir de então, e cada vez mais acentuadamente, apresenta-se como um ordenamento jurídico inspirado na benevolência e compaixão perante o devedor.

Aos poucos se abandonava o traço bárbaro criado pelo processo romano, em seu início, para se adotar posturas cristãs e, não menos remotas, as do processo

¹⁸⁷ Explicações extraídas da obra *Teoria Geral do Processo*, de Ovídio Baptista, op. cit.

germânico da Idade Média, que primava, acima de tudo, pela oralidade. Entretanto, diferentemente da realidade atual e do próprio processo romano, não se falava em cognição, mas sim em execução primária. A *actio* romana, embora mantivesse traços de violência à pessoa do devedor, tinha como pressuposto básico para que se promovesse a execução uma decisão condenatória, que possuía como precedentes atos de cognição. No processo germânico, ao contrário, primeiro se executava para depois se conhecer do mérito.

Hoje, ainda que se possua execução de título executivo extrajudicial, a cognição se faz necessária, mesmo que refeita (WATANABE, 2005, p. 37-65). Trata-se de uma mescla de procedimentos oriundos dos diversos modelos da História processual: do período romano, o processo atual herdou a oralidade, da qual deriva a cognição; do processo germânico, de influência canônica, a libertação frente aos traços bárbaros do modelo romano. Tudo isso conduz à aplicação dos princípios atrelados diretamente à execução, tais como a menor onerosidade e, sem maiores discussões, a exigibilidade de que haja título, que, por ele, sabe-se que houve atividade de procura do verdadeiro devedor.

Ponto que merece destacar refere-se aos pressupostos trazidos com o requisitos essenciais para que se promova a execução: o inadimplemento e a existência de título (ASSIS, 2001, p. 117-118). Não há dúvida acerca do título, que foi objeto de discussão anterior. O problema, quando se está a tratar de processo arbitral, incide na questão do inadimplemento, sobretudo frente à Administração Pública. Sob explicações de Liebman (1980, p. 117), embora o título funcione como mecanismo de certeza, sem o qual não se poderia dispor de atos expropriatórios, isto não se mostra suficiente, pois ainda é preciso que haja a não quitação do débito.

No processo arbitral não existem diferenças: se a parte, ao ser prolatada a sentença, for declarada devedora, necessário será promover a execução do débito, no Judiciário, nos termos da Lei Processual. Quando a parte devedora for o Poder Público, todo o trâmite ocorrerá com observância aos arts. 730 e 731 do CPC ou à Lei que disciplina o Fundo Garantidor de Parcelas Públicas (FGP). Quando a sentença for declaratória, haverá apenas ajustes contratuais ou acordos a serem feitos, sob fundamentação e motivação de ambas as partes. Do mesmo modo, se o particular adimplir o débito ou o Poder Público o fizer, com uso do Fundo, nada haverá a executar no Judiciário.

Antes, porém, de publicada a Lei n. 11.232/05, que alterou o processo de execução no Código de Processo Civil, havia dois processos distintos: um de cognição e outro destinado à execução, quando diante de sentença condenatória. Iniciava-se, após decisão, uma nova demanda. Na atualidade, embora continue a existir um processo de execução apartado, conforme o caso, a regra é que tudo seja promovido em sequência, como forma de cumprimento do direito declarado em sentença condenatória. Consiste na confluência entre cognição e execução, num só processo (TALAMINI; WLADECK, 2010, p. 160). Entretanto, importante resolver uma problemática quanto à sentença arbitral: pela letra do parágrafo único do art. 475-N do Código de Processo Civil, “nos casos dos incisos II, IV [a sentença arbitral] e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso”.

Não se pode negar que a inovação trazida pela Lei n. 11.232/05 agregou maior celeridade ao processo, porém novamente tocou na celeuma que envolve o meio arbitral, na tentativa de retirar do árbitro o poder de liquidar a decisão que profere. A aplicação do parágrafo único do art. 475-N do CPC, quando em face de sentença arbitral, deve ter considerada apenas a sua parte final: “ou execução, conforme o caso”. Embora a Lei de Arbitragem não vede expressamente, não há que se falar em iliquidez em sentença arbitral. O que há, para o caso, é a promoção da sua execução, se condenatória.

Um último ponto merece ser esclarecido: trata-se de demanda nova (processo de execução apartado) ou de continuidade ou cumprimento de sentença? Diversamente do processo estatal, quando se estiver diante de sentença arbitral, um novo processo deverá ser desencadeado para a sua execução. Isso pode até mesmo causar estranheza frente à característica da decisão, que se forma sob a égide de *título executivo judicial* e não *extrajudicial*, que requer processo executório distinto e apartado; que possui atividade cognitiva, conquanto rarefeita. A explicação para que isso ocorra não é complexa: como se está diante de fonte julgadora diversa da executora, deve existir um processo apartado.

O árbitro, conquanto equiparado ao juiz togado, não possui força executiva; apenas cognitiva. Sua decisão, ainda que vincule as partes, ele próprio e o Poder

Judiciário, é somente lá executada.¹⁸⁸ Isso serve para que se garanta ao Estado o monopólio da força e não se regida às formas bárbaras anteriormente evidenciadas, que sujeitavam o devedor a honrar com sua pessoa, aplicadas por entidades de fora da esfera de poder concedida pelo soberano. Além disso, não se mostra interessante nem legal que o árbitro, pessoa privada eleita pelas partes, conquanto imbuído de uma função pública, tenha poderes de retirar do Poder Público uma parte do seu patrimônio, após execução do *decisium* em seu desfavor.

3.6.2.1 Embargos do devedor: questão prejudicial à exequibilidade do *decisium* arbitral

Consoante dispõem os termos do § 3.º do art. 33 da Lei de Arbitragem, “a decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”. Ao se inferir a correta dimensão do texto citado, não restam dúvidas de que tanto pode o árbitro como as partes pedir a decretação da nulidade da sentença arbitral, seja em sede de arbitragem ou no Poder Judiciário; seja quanto ao art. 32 da Lei n. 9.307/96 ou diante da Lei Processual. Mas qual seria o efeito de se ter nulificada uma decisão arbitral? Perante a Lei de Arbitragem, art. 33, § 2.º, “a sentença que julgar procedente o pedido: I – decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII; II – determinará que o árbitro ou o Tribunal Arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses”.¹⁸⁹

Em seus estudos, Pinheiro (2007, p. 196) observa que, ainda que haja nulificação do ato decisório em sede de arbitragem, as partes mantêm o vínculo efetivado na convenção, devendo novamente submeter-se à arbitragem. Ao se tratar de nulidade arguida junto ao Poder Judiciário, o art. 33, § 1.º da Lei de Arbitragem determina que seja seguido o procedimento comum de conhecimento: “a demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum,

¹⁸⁸ Cf. art. 575, IV do CPC: “a execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante: [...] IV – o juízo cível competente, quando o título executivo for sentença penal condenatória ou sentença arbitral”.

¹⁸⁹ Assim também caminha a jurisprudência brasileira, antes mesmo de ter vida a Lei de Arbitragem: “o laudo proferido fora dos limites do compromisso dá ensejo a que o juiz determine que o árbitro profira novo laudo [...] e não que se declare a nulidade do negócio” (Relator Ministro Oto Rocha — Tribunal Federal de Recursos (TFR) — Ac. 129.121/DF – 2.ª Turma, em 14 nov. 1988. Conteúdo disponível na obra de Paulo de Tarso Santos, op. cit., p. 32).

previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento”.

Embora inexista, na maior parte da doutrina, explicação semelhante, é possível atribuir ao § 3.º do art. 33 interpretação diversa da ótica comum. Pelo que observa Barbosa Moreira (1998, p. 114), há duas formas pelas quais se ataca uma decisão final: por meio de recurso; ou por meio de um novo processo, denominado *impugnação autônoma*, equiparada à ação rescisória do art. 485 e seguintes do Código de Processo Civil. Sabe-se, contudo, que inexiste possibilidade de arguir recursalmente frente a qualquer decisão arbitral, nem mesmo pedir a sua homologação.

Quando o árbitro profere sentença condenatória, deve a parte vencedora promover a sua execução junto ao Poder Judiciário. Neste momento, é possível que sejam interpostos embargos, tendo como matéria de fundo questões prejudiciais não só ao seguimento da execução, mas a todo o procedimento arbitral anteriormente exercido. Mais especificamente, pode-se inclusive atacar o que já foi objeto de decisão, se viciado. O que não se pode, por óbvio, é discutir o mérito da causa.

Note-se que, ao serem conhecidos os embargos, quando interpostos dentro do prazo decadencial de noventa dias, e julgados totalmente procedentes, tornando nula a sentença arbitral, seus efeitos equiparam-se aos da ação rescisória do processo jurisdicional (CPC, art. 485 e seguintes). Consiste, embora de mera equiparação quanto aos seus efeitos, com fundamento no art. 5.º, XXV da Constituição Federal de 1988 (ROCHA, 2008, p. 116), no que se entende por *ação de efeitos rescisórios em sede de arbitragem*. Vale notar, contudo, por interpretação literal do art. 485 do CPC,¹⁹⁰ que não há trânsito em julgado da sentença arbitral enquanto inexistir execução, quando condenatória.

Se nulificada a sentença, deve o árbitro proferir uma nova (art. 33, § 2.º, II da Lei de Arbitragem); se em âmbito judicial, perderá totalmente os seus efeitos, podendo as partes instaurar nova demanda ou procurar o Judiciário para resolverem a controvérsia, desprezada a possibilidade de se arguir coisa julgada ou pressuposto negativo de convenção de arbitragem (CPC, art. 267, V e VII).

Importante salientar, por fim, que, de certo modo, pode haver rescisória da rescisória, já que não é improvável que o julgamento de ação rescisória ou dos

¹⁹⁰ Cf. art. 485 do CPC: “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida [...]”.

embargos do devedor seja feito por pessoa incompetente ou, p.ex., sob crime de exploração de prestígio (CP, art. 357¹⁹¹). Nestes casos, admite-se o que Pontes de Miranda (1998, p. 137) evidencia como *juízo do julgamento de julgamento*.

¹⁹¹ Cf. art. 357 do Código Penal: “solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa”.

4 CONTROLE INTERNO E EXTERNO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS EM SEDE DE ARBITRAGEM

Quando se afirma a possibilidade de utilização da arbitragem no setor administrativo logo se indaga se há relativização da atuação do Poder Judiciário; ausência de controle dos atos praticados; ou a prolação de sentenças às escuras, por se tratar de mecanismo essencialmente privado. Poder-se-ia, também, pensar na possibilidade de as partes (particular e Poder Público) maquilarem um Tribunal Arbitral ou processo *ad hoc* que traçaria a resolução do conflito da forma que mais lhes aprouvesse, prejudicando terceiros ou sem expressar qualquer relevância aos princípios de ordem geral, à lei e ao Direito. Também não é inadmissível imaginar que toda sentença proferida pelo árbitro fique sujeita à validação por órgão jurisdicional, justamente porque aquele não dispõe do poder de polícia que possui o Estado-juiz. Chega-se até mesmo a pensar numa sentença válida, porém inexecutável. Essas dúvidas percorrem o instituto desde a sua ascensão, o que têm favorecido para que inúmeras vezes caia em descrédito, tanto na esfera pública quanto privada.

Convém lembrar, entretanto, que não se imputa obrigatoriedade à utilização da arbitragem, nem por lei. A lei que a prevê em âmbito público, ao contrário do que parece ser, deixa livre a sua admissão e adoção, pela prevalência da autonomia volitiva que possuem as partes ao contratarem. Do mesmo modo, o Direito Administrativo, ao embrenhar-se pelo setor contratual, utiliza-se das mesmas regras do Direito Privado. Por isso, a única forma hábil de se estabelecer um vínculo obrigacional é evidenciada por meio de um contrato, que tem por base a prevalência da vontade das partes, consoante dispõe a lei, regrada, além de outros axiomas, pela boa-fé e pela consecução de sua função social.

Na atualidade, não podem ser considerados válidos pensamentos negativos frente à arbitragem, bem porque não há liberdade irrestrita para se pactuar a utilização do instituto à resolução de conflitos na órbita pública. Do mesmo modo que existem formas de controle das atividades legislativas, executivas e judiciárias, existem métodos de controle dos atos administrativos que guardam relação direta com a arbitragem, inclusive de ordem social ou popular.

Neste capítulo, incumbe observar a forma interna, realizada pelo Poder Público, de modo prévio, concomitante e posterior; a forma externa, de viés legal, da

qual participam o Tribunal de Contas, os Poderes Judiciário e Legislativo e o Ministério Público; e a forma externa, de viés social ou popular, realizada pela coletividade, representada ou não.

A utilização de um meio de controle dos atos administrativos não está regradada tão só às atividades executivas ou de gestão do órgão público. Ao contrário, a ação de controle reúne esfera muito maior de atuação, que vai desde a efetivação de um contrato até a sua execução posterior. Meirelles (2010, p. 697) defende que o ato de controle importa atividade de vigilância ou de correção de determinada fragilidade a todo o momento. É como se existisse subordinação a órgão encarregado de tolher parte da liberdade de atuação de outro. Isso ocorre para que fique evidenciado um interesse maior que enxerta a atividade administrativa: o interesse público.

Não se discute a admissibilidade da arbitragem no âmbito público quando do aparecimento de controvérsias de direitos patrimoniais disponíveis, desde que se tenha convencionado a sua utilização, seja por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. O melindre reside na sua condução, desde a efetivação do contrato — inclusive dentre os meios preparatórios (editais; licitação, entre outros) — até uma possível execução de sentença condenatória. Por se tratar de instituto que ocupa lugar no Direito Privado, cujo julgamento se dá por pessoa eleita pelas partes, o trânsito em julgado da sentença que profere o árbitro pode recheiar-se de vícios ou nulidades que maculariam as bases do Direito Administrativo.

Quando o legislador constituinte de 1988 lançou a possibilidade de emprego de formas amigáveis ou pacíficas de resolução de conflitos, não imaginou que incidiriam, ao longo dos anos seguintes, inúmeras relações dependentes de quase-completa fuga do Poder Judiciário. Do mesmo modo, em 1996, quando publicada a Lei de Arbitragem, não se pensava no alastramento de sua esfera de atuação, inclusive diante de controvérsias entre pessoas jurídicas de direito público e privado. Mas a Lei, dentre todas as benesses que trouxe, mostra-se contemporânea ao não retirar do Judiciário a função de órgão controlador ou fiscal da lei (*custus legis*). Em vários momentos retira do árbitro a possibilidade de decidir sobre eventual problema incidental, como, p.ex., frente à apreciação de interesses indisponíveis ou à necessidade de concessão de medidas antecipatórias ou cautelares. Por isso, não se afirma que, ao se adotar a arbitragem, se repele a jurisdição. O que se faz é provocar uma *relativização* da atuação do órgão estatal, conquanto mantendo-o

sempre alerta a qualquer irregularidade que venha a incidir ao longo de todo o seu procedimento. Outra resguarda a incidência na execução da sentença prolatada pelo árbitro. Como o julgador privado não dispõe de força para conduzir o processo, sua execução, quando necessária, é feita pelo Poder Judiciário, cabendo à parte executada a contestação de fatores que a nulifiquem ou invalidem.

Quando a arbitragem foi prevista ao longo de boa parte da legislação que regula as atividades administrativas, manteve-se sempre por perto a Lei n. 9.307/96, reservando, desse modo, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário a qualquer tempo. Controlar as atividades realizadas na arbitragem não significa a retirada do instituto ou do árbitro o poder de julgar que a lei atribuiu; consiste, do mesmo modo que ocorre com os atos que praticam os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, na ação de se manter a segurança jurídica, que, além de ressaltar o instituto de ações malformadas, mantém a transparência, a eficiência e a moralidade dos atos administrativos.

4.1 CONTROLE INTERNO OU AUTOCONTROLE ADMINISTRATIVO

A problemática ao se tratar do controle dos atos administrativos, feita pelo próprio administrador, aponta para uma dicotomia, pois esses atos ora se perfazem de modo vinculado, ora discricionário, conquanto não guardem sutis distinções no campo pragmático. A discricionariedade, além de ser tida como a pedra de toque do Direito Administrativo, possui edificação em momentos turbos da História, conquanto aqui apenas seja necessária breve contextualização. Adota-se, como marco inicial, o período patrimonialista. Lá, todas as pessoas sujeitavam-se aos mandos do soberano. Tratava-se de atuação desvinculada, pela qual o Poder Público decidia sob total autonomia, por meio de atos de império, imunes à lei e ao Direito.

Na atualidade, Moraes (2004, p. 34) observa que não se pode cogitar uma autonomia plena do Poder Público; uma forma de atuação que, embora não proibida por lei, seja bloqueadora de garantias. Consiste num modo de agir pautado pelas rédeas da legalidade, isto é, um modelo vinculado à norma jurídica e ao Direito. Di Pietro (1991, p. 28), no mesmo sentido, defende em suas pesquisas que:

O princípio de que a Administração pode fazer tudo o que não está proibido foi substituído por aquele segundo o qual ela só pode fazer o que a lei permite. A lei não é mais uma barreira externa, fora da qual a Administração pode agir livremente; toda a atuação administrativa passou a desenvolver-se dentro de um círculo definido pela lei; fora desse círculo nada é possível fazer.

Enquanto que em princípios do século XX se pensava uma discricionariedade aberta, paralela ao Direito e à lei, passa-se a ter, com melhores olhos, um modelo de liberdade administrativa estritamente jurídica; uma atuação dependente da lei e do Direito, que, embora não retire a sua autonomia, não lhe forneça larga escala de atuação, o que proporciona, sem dúvidas, a inserção de métodos de controle dos atos que perfaça o administrador, seja pela própria Administração, pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo.

A melhor conceituação de discricionariedade administrativa é posta como a possibilidade de escolha, pelo Poder Público, de uma situação dentre várias outras existentes, com regulação, ainda que parcial, pelo Direito e pela lei (MORAES, 2004, p. 37). Trata-se de uma liberdade vinculada, que não pretende impor barreiras absolutas às formas de controle internas e externas.

Figueiredo (1998, p. 172) também admite um conceito pormenorizado de discricionariedade, conquanto atualizado nos estudos que perfaz:

Consiste na competência-dever do administrador; no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios *standards* ou ideologias — portanto, dentro de critério da razoabilidade geral — dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.

Da mesma maneira se insurge corretamente Bandeira de Mello (2010, p. 962, grifos do autor):

Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz permanecer em proveito e a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo da indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

Em análise aos apontamentos, a noção de discricionariedade não comporta vontades autônomas ou personalíssimas do administrador, que deve, acima de tudo,

ter respeito à norma jurídica e aos ditos princípios principiológicos do Direito, permitindo, desse modo, que formas de controle dos seus atos sejam admitidas, sobretudo frente às sentenças proferidas pelo árbitro, em processo arbitral. Embora se faça crescente a inserção da arbitragem nos negócios jurídicos públicos, não pode o administrador deixar de regrá-la, sobretudo frente a qualquer nulidade ou vício que possa insurgir ao longo de todo o processo. Ainda que se permita ao administrador o controle dos seus atos (autocontrole administrativo), é prudente que sejam traçados alguns parâmetros, de modo que não se regreda a formas incisivas de tolhimento quando em relações negociais com particulares.

O primeiro ponto a ser observado reside nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Ao tratar do assunto, Figueiredo (1998, p. 48) observa que não existem grandes diferenças entre ambos. A distinção, ainda que sutil, fica restrita a poucos parâmetros: da razoabilidade, se entra as situações postas e as decisões administrativas há vinculação às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade e à eficiência; da proporcionalidade ou proibição do excesso, a adequação das medidas adotadas pelo administrador às necessidades da Administração. Isso importa explicar que somente se pode sacrificar interesses em casos de extrema necessidade pública; e que esta necessidade deva refletir um bem comum à coletividade.

Ainda que sejam institutos implícitos, inclusive na Constituição Federal de 1988, deve-se respeitar ao que coloca Bonavides (2002, p. 374-375):

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, e entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito.

Tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade atuam em favor da consecução do melhor contorno do interesse público. Numa relação contratual, é dizer que o administrador deva atuar sob os padrões da boa-fé, da lealdade, da moralidade, da eficiência, da idoneidade, da confiança, e, sobretudo, da obediência à lei e ao Direito; é agir para favorecer um julgamento justo, livre de vícios e nulidades.

Ao se contratar a arbitragem para dirimir conflitos administrativos, é dever do Poder Público, na qualidade de administrador, não permitir que sejam sacrificados interesses indisponíveis; não incluir no bojo das cláusulas contratuais medidas que importem nulidades à sentença a ser proferida pelo árbitro; não permitir que o árbitro decida *contra legem* ou atue sob medidas constritivas ou em desfavor dos princípios gerais do Direito e dos ditames da Lei, sobretudo da Lei de Arbitragem, tais como celeridade e desburocratização; zelar pelo patrimônio público, pela boa-fé e, acima de tudo, pela garantia da função social do contrato. Tomando como ponto de partida os apontamentos de ordem filosófica, importa uma “escolha racional dos meios face a determinados fins ou da avaliação racional dos fins face às preferências existentes”, em conjunto com a aplicação das técnicas adequadas (HABERMAS, 1991, p. 103).

Em respeito ao tema, observa Medauar (1993, p. 41-42) que o controle interno ou autocontrole é “instrumento indispensável à aplicação de políticas gerais uniformes, de decisões coerentes no âmbito da Administração Pública; e como instrumento de aproximação entre indivíduos e [aquela]”. É, dentre todas as ponderações já feitas, um ato público, que se manifesta no sentido de manter a eficiência dos negócios realizados pela Administração, podendo ser prévio, concomitante e posterior ou sucessivo.

As medidas de controle interno, como regra, auxiliam, ainda que indiretamente, à atuação do Tribunal de Contas, o que garante a regularidade das decisões tomadas, uma melhor avaliação do modo de gerência, a correção, com eficiência, dos erros que podem surgir durante a contratação com particulares e, de modo claro, o favorecimento para que a sociedade esteja cada vez mais próxima dos atos praticados pelo administrador ao adotar a arbitragem como mecanismo resolutivo (VIEIRA, 2003, p. 63).

4.1.1 Autocontrole Prévio

Quando se está a tratar da arbitragem de conflitos em âmbito administrativo, não é impossível admitir um controle prévio dos seus atos. Ao contrário, é prudente e que exista e seja eficaz, para que não sejam agraciados quaisquer traços de ilegalidade, vez que se está usufruindo as regras do Direito Privado.

Dentre as formas de se realizar um controle antecipado ao se contratar a arbitragem, Ferraz (2008, p. 51) observa três questionamentos que devem ser

postos em discussão e que já foram objetos de comentário em tomo anterior, mas, pela relevância que têm, convém trazê-los à cena:

a) a utilização da arbitragem é medida adequada à consecução do interesse público secundário à luz dos princípios constitucionais mais aplicáveis?

b) em caso afirmativo, há algum outro meio menos gravoso que possa realizar o mesmo fim público?

c) se ultrapassada a segunda pergunta, o grau de sacrifício ou restrição imposto ao princípio da indisponibilidade do interesse público primário compensa o benefício auferido pela coletividade?

Já se manifestou contrariamente à terceira indagação, vez que não se pode conferir ampla autonomia ao administrador para decidir inclusive sobre a indisponibilidade de interesses, pela vinculação da discricionariedade à lei e ao Direito. Entretanto, a questão muito interessa ao ponto que se pretende demonstrar.

Dentre as análises que devem ser feitas pelo administrador (ou pelo particular, em petição a este), anteriores à instauração de processo arbitral, a primeira consiste na averiguação da possibilidade ou não de se submeter o conflito ao árbitro. A partir do momento em que se está a tratar de direito indisponível, a arbitragem perde lugar para o Poder Judiciário, por imposição do art. 25 da Lei n. 9.307/96. Não se pode, desse modo, pôr em publicação edital de licitação que preveja, dentre as suas cláusulas, a utilização de arbitragem diante de objeto que comporte interesses não permitidos de transigência ou não patrimoniais. Vencida esta etapa, é pertinente que haja acompanhamento à formação da arbitragem, desde a verificação da cláusula compromissória ou compromisso, até a escolha do árbitro ou árbitros, que deve estar livre de quaisquer vícios volitivos.

Outro ponto importante refere-se à efetivação de contrato após a realização de processo licitatório. Uma vez mencionada a arbitragem e em meio às suas cláusulas como forma de resolução de conflitos — e de modo não viciado ou que não fira direitos indisponíveis —, por força do art. 8.º da Lei de Arbitragem se tornará independente daquele, ainda que contenha vícios ou nulidades insanáveis: “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. Ao se tentar pretê-la junto ao Poder Judiciário, deve o

administrador, previamente, conter tal abuso de direito, seja advindo da Administração ou do particular.¹⁹²

Imagine-se, como exemplo, que se haja efetivado contrato de concessão de serviço entre Poder Público e particular, com adoção de arbitragem, mas cujo procedimento licitatório tenha sido nulo. A descoberta do vício importará a nulidade do contrato, mas não da convenção arbitral. Somente se inexistir a possibilidade de ratificação de novo acordo, depois de novo processo licitatório, é que perderá o objeto a convenção, que se reduzirá, ulteriormente, em perdas e danos em favor da parte prejudicada.

O administrador atua, a todo o momento, como *custus legis* frente à instauração de processo arbitral, sem excluir a competência do Poder Judiciário, do Ministério Público e do particular. Sua atuação, se confirmada a existência de qualquer vício ou nulidade, importará a manutenção, revogação ou anulação do ato jurídico, mantendo válida a arbitragem, como regra, pela autonomia que se anexa ao ato que a originou, quando legal.

4.1.2 Autocontrole Concomitante

O controle dos atos administrativos também deve ser realizado após a instauração do processo arbitral, depois de vencida a fase de verificação prévia de admissibilidade. A todo o momento, se constatada qualquer irregularidade, devem as partes, árbitro, terceiros, demais representantes da Administração ou outros sujeitos do processo (testemunhas, peritos, entre outros) cogitar o seu sobrestamento para análise. O problema, inicialmente, deve ser conduzido a um órgão hierarquicamente superior dentro da Administração, com poderes e conhecimentos para verificação e correção. Em regra, essa condução é feita ao setor jurídico, que, na impossibilidade de retificação, revogação ou anulação, encaminhará os autos arbitrais ao Poder Judiciário.

Também não é impossível que surja em processo arbitral questão incidental envolvendo interesses indisponíveis, que, para o caso, em confluência com os termos do art. 25 da Lei de Arbitragem, a demanda deve ser imediatamente

¹⁹² Este controle pode ser realizado após a instauração do processo arbitral, pelo árbitro ou mesmo pelas partes, como dispõe o parágrafo único do mesmo artigo: “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocation das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

conduzida ao Poder Judiciário, desfazendo-se a convenção, vez que viciada. Ressalvas feitas, contudo, no caso de a demanda possuir tanto interesses indisponíveis quanto disponíveis. Resolvida a questão incidental e restando partes destes a serem solucionadas, deve o Poder Judiciário devolver o processo ao árbitro para que o julgue, mediante sentença, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo. Isso, contudo, revela desproporcionalidade em virtude do lapso temporal exigido, sobretudo por se estar atuando em duas esferas distintas — Poder Judiciário e arbitragem. Faz-se imprescindível, como regra, que questões incidentais sejam cada vez mais evitadas antes da instauração do feito, de modo que não retirem deste os seus principais escopos: celeridade, eficiência, economia e desburocratização. O árbitro é quem mais atua para manter a ordem, embora não exclua a apreciação dos atos realizados pelo administrador e particular, a qualquer tempo.

Outro fator importante refere-se ao controle de eficiência. Sabe-se que a busca pela via arbitral importa celeridade, e, conseqüentemente, maior eficiência ao contrato efetivado entre Poder Público e particular, pela ausência de mecanismos burocráticos ou morosos. Como observa Medauar (1993, p. 50), controlar a eficiência dos atos administrativos, sobretudo em processo arbitral, “resulta numa determinação, dirigida à autoridade controlada, de realizar ou não realizar algo ou uma proposta que se apresenta a outra autoridade para que intervenha com atos repressivos”. A ressalva que se faz dirige-se à propositura de pedidos ao árbitro que importem desvirtuamento do processo ou do mérito, tornando-o moroso e, ao final, ineficaz. Exemplo disso é a indicação de testemunhas inexistentes ou que não tenham influência relevante à causa; a contratação de peritos com suspeita de negligência ou imperícia; e, regra geral, o levantamento de problemáticas irrelevantes ou que se destinam a procrastinar, viciar ou nulificar o feito.

Medauar (1993, p. 51) ainda aponta outros três recursos que podem ser utilizados, concomitantemente: inspeção, coreção e auditoria. Nada impede que o Poder Público, por intermédio de seus representantes legais, requeira a oitiva das partes em processo arbitral para esclarecimentos necessários quando haja suspeita de vício ou nulidade, podendo também se fazer a pedido do árbitro ou dos interessados litigantes. Até mesmo terceiros podem requerê-lo, representados ou não pelo Ministério Público, na iminência ou incidência de lesão a interesses pertinentes à coletividade. Exemplo interessante está na Lei n. 6.057, de 24 de

março de 1961, do Estado de São Paulo. Conforme dispõem os termos do seu art. 61, “fica instituído um Serviço Geral de Correção Administrativa, com atribuições e constituição definidas em regulamento [...]”. Por meio deste mecanismo, embora melhor relacionado ao setor financeiro, pode o administrador verificar a legalidade ou a moralidade dos atos praticados em sede de arbitragem, com vistas à proteção dos interesses gerais da sociedade e da Administração.

Não se mostra correto nem prudente que haja intervenção incisiva no processo arbitral a todo o momento, sob pena de conduzi-lo ao rótulo da ineficácia ou da ilegalidade. Todo controle manifestado após a instauração da demanda, como regra, é inerte, sendo-lhe interessante — salvo motivo relevante — que se aguarde qualquer notificação dos interessados lesados ou ameaçados de lesão. O árbitro, equiparado ao juiz togado, deve ser ouvido, acima de tudo, e deliberar para que sejam prestados esclarecimentos, quando solicitados. Isso, além de garantir a boa ordem dos trabalhos, desfere segurança às partes e ao instituto.

4.1.3 Autocontrole Sucessivo ou Posterior

Depois de prolatada, pelo árbitro, a sentença arbitral, não é incomum que sejam encontrados resquícios de nulidade, passíveis de notificação pela Administração, a qualquer tempo, mesmo em fase de execução. Como regra, cabe ao administrador apenas apontar o ato, vez que depois de proferida não se faculta a nenhum outro a sua extinção senão ao Poder Judiciário, mediante provocação, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem e da Lei Processual Civil.

Trata-se de controle concorrente, pois também atuam para a sua validade as partes litigantes, de modo antecipado ou na interposição de embargos à execução, nos termos do art. 33, § 3.º da Lei n. 9.307/96; o árbitro, a qualquer tempo; e, pouco além, o Poder Judiciário, o Ministério Público e qualquer terceiro interessado.

4.2 Controle Externo Realizado pelo Tribunal de Contas

A Corte de Contas foi criada, inicialmente, para fiscalizar o setor orçamentário, hoje disciplinada no Texto Constitucional de 1988, cujos dispositivos se aplicam, de igual forma, aos Tribunais dos Estados-membros, dos Territórios

(quando houver), dos Municípios e do Distrito Federal.¹⁹³ Também se encontra prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000), com atribuições específicas à gestão financeira do Poder Público.¹⁹⁴

Além de esparsos encargos, dentre eles a emissão de pareceres, auditorias e apreciação da fiscalização orçamentária, lhe cabem inúmeros outros de suma importância, como a verificação da legalidade e a supervisão dos atos relativos a processos realizados em âmbito administrativo. É neste ponto específico que se faz possível um controle incisivo face à arbitragem de litígios, cuja previsão é expressa no art. 71, incisos IX, X e XI, e §§ 1.º a 4.º da Constituição Federal de 1988.¹⁹⁵

Desde a ratificação de contrato, após processo licitatório legalmente constituído, com opção pela arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias, estará presente o Tribunal de Contas, seja na contenção de abusos ou diante de possíveis ilegalidades, sem que se exclua o autocontrole administrativo, bem como aquele realizado pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público e particular.

Ao se instaurar processo arbitral, deve-se observar que há, como regra, custas a serem pagas e, se condenatória for a sentença proferida pelo árbitro em desfavor do órgão público, a possível expropriação de patrimônio ou o seu adimplemento em moeda corrente, que daí também resulta a necessidade de atuação do Órgão, de modo que não incida qualquer dano ao erário por execução de sentença nula. Garante-se a credibilidade à Administração, vez que, a partir do momento que exista qualquer saída de patrimônio dos cofres públicos, torna-se necessário impor regras de controle mais incisivas (HARADA, 2002, p. 97).

¹⁹³ O art. 75 da Constituição Federal de 1988 disciplina: “as normas e estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.

¹⁹⁴ Vide art. 59 e seguintes da Lei n. 101/2000.

¹⁹⁵ Cf. art. 71, incisos IX, X e XI, e §§ 1.º a 4.º da Constituição Federal de 1988: “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1.º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2.º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3.º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4.º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades”.

Não se pode negar que há bem pouco tempo muito se discutia a sua natureza, já que a Constituição Federal de 1988 o trouxe disciplinado em meio ao Poder Legislativo. Não é possível integrá-lo ao Executivo, pois inexistente subordinação ao ente subordinado. Em outras palavras, se o Tribunal é responsável pela fiscalização dos atos daquele, provoca estranheza a sua vinculação. Também não é válido agrégá-lo ao Poder Judiciário, já que não dispõe de jurisdição; e não é possível estar lado a lado com o Legislativo. A vertente cabível, segundo observa Harada (2002, p. 111), o equívoco para a um órgão administrativo independente; um órgão estritamente técnico de fiscalização, ainda que em auxílio direto à Corte Legiferante.

Dentre as principais competências que lhe cabem, destacadas por Vieira (2003, p. 78), é possível que se agregue as seguintes à arbitragem de conflitos: a) a realização de inspeções e auditorias, seja por iniciativa própria ou por pedido do Poder Legislativo; b) a correção de ilegalidades ou irregularidades em contratos e processos licitatórios ou arbitrais, com respectiva sanção a ser aplicada posteriormente; c) a notificação de qualquer irregularidade frente à utilização de arbitragem em causas não passíveis de arbitragem; d) a apuração de notificações de qualquer cidadão que se achar lesado ou ameaçado em seus direitos por sentença em processo arbitral; e) a remessa ao Poder Legislativo, Judiciário ou Ministério Público de informações acerca de irregularidades suspeitas, deduzidas durante o processo de fiscalização. Mesmo a opção pela arbitragem, quando não mencionada em lei, pelo fato de não ser vedada e, ao contrário, mais benéfica, é motivo de acompanhamento, seja por meio de provocação de terceiro ou *ex officio*. Isso é importante para que não sejam submetidos à arbitragem interesses incompatíveis com a órbita resolutiva presente na Lei n. 9.307/96.

Trata-se de ação que caminha por vários tipos de funções: a) função fiscalizadora, quando investido de talante incisivo, voltado à averiguação do cumprimento estrito da lei; b) consultiva, quando da elaboração de pareceres a respeito da adoção ou não de certos procedimentos; c) informativa, quando chamado a prestar esclarecimentos sobre questões de fato ou de direito; d) judicante, quando indiretamente investido de poder jurisdicional, de modo a compor banca para julgar processos que a ele são encaminhados, sob alegação de irregularidades ou ilegalidades; e) sancionadora, quando imbuído do poder de impor sanção administrativa a irregularidade ou ilegalidade apurada; f) corretiva, quando

necessária se fizer a manutenção de ato administrativo; g) normativa, quando atuante na qualidade de órgão legiferante, poder este concedido por lei; h) ouvidora, na qualidade de receptor de notificações de terceiros ou de outros órgãos públicos (VIEIRA, 2003, p. 80-81).

No caso da arbitragem, não é impositiva a sua determinação em descumprimento a preceito fundamental, como no caso de julgamento de matéria indisponível e não patrimonial. Por se tratar de procedimento privado, que, regra geral, se alimenta do Direito Privado, pode-se ter sentença maquiada àquele fim, que, conquanto nula, feriria direitos de terceiros numa execução equivocada.

A atuação do Tribunal é indispensável e desde o momento da abertura do processo licitatório e da adoção da arbitragem como meio sumário de resolução de controvérsias deve fazer-se imanente, até a sua posterior instauração, julgamento e execução. Por ser órgão completo, que possui vários poderes legiferante, fiscalizador e sancionador, pode, por provocação ou *ex officio*, determinar o sobrestamento do processo para averiguação de irregularidades ou ilegalidades, que, uma vez constatadas, determinará que se apure provável improbidade administrativa,¹⁹⁶ sem prejuízo de notificação prévia ao Poder Judiciário e Ministério Público, determinando o seu refazimento ou não, com relevância à autonomia que guarda a convenção de arbitragem.

4.3 CONTROLE EXTERNO PARLAMENTAR

A terminologia pode variar de doutrina a doutrina quando se passa a tratar desta forma de controle: poder-se-á encontrá-la como *controle político, legislativo ou parlamentar*. Neste trabalho, adota-se a última denominação, por sua aparência abrangente.

A eficácia desta forma de controle resulta da tripartição de poderes prevista constitucionalmente. Conquanto haja harmonia entre eles, cada um, além das funções que lhes são típicas, realiza atividades atípicas ou de controle. No caso do Legislativo, ponto que interessa ao tema, não só lhe cabe a tarefa de elaboração normativa ou nomogênese, mas a fiscalização tanto do Judiciário quanto do Executivo (SILVA, 2000, p. 444 e 448).

¹⁹⁶ Os casos de improbidade administrativa são previstos pela Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Em sua esfera de atuação, quando se está a tratar do controle dos atos administrativos em virtude da arbitragem de litígios, poderá adotar como tarefas principais as destacadas por Odete Medauar (1993, p. 102-106):

i) pedidos de informação, por escrito, nos termos do art. 50, § 2.º da Constituição Federal de 1988:¹⁹⁷ não é impossível que, em virtude de nulidade de sentença arbitral, o Legislativo requeira cópia do instrumento, juntamente com as provas nele afixadas; o mesmo pode ocorrer em virtude de execução de sentença condenatória, pela qual deve o Executivo dispor de determinado patrimônio ou dinheiro em espécie, que por ventura possa ferir interesses coletivos ou de terceiros; mesmo a opção pela adoção da arbitragem pode ser levantada em sede legislativa em havendo vício ou abuso de poder por parte do Poder Público. Esse controle mantém tanto a segurança do instituto arbitral quanto dos princípios que regem a Administração;

ii) convocações pessoais: a qualquer tempo, representantes diretos da Administração, com atuação em processo arbitral, podem ser solicitados a comparecer junto à esfera legislativa para prestarem quaisquer esclarecimentos pessoais; mesmo o árbitro, que neste caso equipara-se a servidor público, deve prestar compromisso ante a qualquer irregularidade ou suspeita. Não se pode também desprezar a insurgência de fatos posteriores à arbitragem que venham a denegrir a imagem da Administração, seus servidores ou seus próprios recursos orçamentários, em virtude de execução de sentença desfavorável ao Poder Público, carregada de nulidades;

iii) fiscalização dos atos administrativos, consoante os termos do art. 49, X da Constituição Federal de 1988:¹⁹⁸ o contrato administrativo, formado a partir de processo licitatório, poderá dar início à admissão da arbitragem para resolver futuras controvérsias. Como já foi salientado, o Poder Público realiza atos que garantem

¹⁹⁷ Cf. art. 50, § 2.º da Constituição Federal de 1988: “as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas”.

¹⁹⁸ Cf. art. 49, X da Constituição Federal de 1988: “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

interesses primários ou essenciais, aos quais não se admite arbitragem, e secundários ou de gestão interna, nestes lhes sendo possível a sua entrada. Diante disso, não é impossível que alguém possa abusar do direito que lhes confere a Administração, inculcando convenção de arbitragem em meio à indisponibilidade de direitos, vedada tanto pela Lei de Arbitragem quanto pelos princípios constitucionais que a norteiam. A prolação de sentenças nesses moldes daria ensejo a danos de dimensões macroscópicas, não só pelo fato da nulidade, mas diante da lesão a direitos coletivos;

iv) Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs): seu emprego tem fundamento nas palavras de Ferreira Filho (1992, p. 70): “são comissões especiais e temporárias criadas para a apuração de fato ou fatos determinados. Constituem um recurso para tornar mais efetivo e rigoroso o controle [...] sobre toda a máquina estatal”. Seu embasamento repousa nos termos do art. 58 da Constituição Federal e, em âmbito inferior, na Lei n. 1.579, de 18 de março de 1952, art. 2.º.¹⁹⁹ A força que ganharam as CPIs — embora presentes no Brasil desde a Constituição de 1934 — foi mais impulsionada na década de 1990, a partir da renúncia do presidente Fernando Collor de Mello.²⁰⁰ Trata-se de mecanismo anti go, utilizado por países de viés democrático ao longo de todo o mundo, sobretudo para se aferir a qualidade e a autenticidade da gestão pública (OLIVEIRA, 2002, p. 152). Dentre todas as atribuições que a lei lhes confere, ao se tratar especificamente de processo arbitral podem ser efetivadas Comissões para averiguação da legalidade dos atos praticados ou nulidades; de possível dano patrimonial à Administração ou a terceiros; de fraudes em processo licitatório, donde obteve vida a convenção de arbitragem; de improbidade administrativa; de abandono da arbitragem para submissão ao Poder Judiciário; da contratação irregular de árbitros; de crimes em processo arbitral, como falso testemunho e falsa perícia (CP, arts. 342 e 343), prevaricação (CP, arts. 319 e 319-A), corrupção passiva e ativa (arts. 317 e 333),

¹⁹⁹ Cf. art. 2.º da Lei n. 1.579/52: “no exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar as diligências que reportarem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença”.

²⁰⁰ Fernando Affonso Collor de Mello sofreu *Impeachment* — um processo de impugnação de mandato eletivo presidencial —, que provocou a renúncia, em 29 de dezembro de 1992, ao cargo de Presidente da República, o qual fora assumido pelo seu vice, Itamar Augusto Cautiero Franco.

exploração de prestígio (CP, art. 357), dentre outros, que devem ser imediatamente submetidos ao órgão judiciário; e, acima de tudo, para que se coíba a fruição de processo arbitral com deturpação das suas principais raízes jurídicas: celeridade e eficiência.

A utilização de uma forma de controle externa, de origem parlamentar, permite com que os atos praticados pelo Poder Público, sobretudo em matéria arbitral, sejam permeados pela garantia do interesse público, o que lhes dá não só viés legal, mas legitimidade social e jurídica. Embora se tenha a noção de que essas formas pelas quais se manifesta possuam natureza eminentemente administrativa, possibilita que institutos privados, calcados nos ditames do Direito Privado, caminhem livres de resquícios de nulidade ou fraude.

4.4 CONTROLE EXTERNO SOCIAL OU POPULAR

A utilização de um meio de controle diverso da esfera legislativa, administrativa ou judicial reflete as verdadeiras bases em que se deitam o Estado Democrático de Direito e o Direito Administrativo, ao evidenciam, como mecanismo principal, o interesse público. Isso, ainda que indiretamente, também favorece o modo gerencial que adotou a Administração Pública após o rompimento com os períodos patrimonialista e, mais recentemente, burocrático e desenvolvimentalista, no qual apenas o direito de sufrágio era facultado à coletividade.

Consiste numa forma de integração da sociedade à Administração, de modo que sejam solucionados problemas e deficiências, resultando no caráter cada vez mais eficiente que devem guardar os seus atos. É, acima de tudo, a possibilidade de abertura à esfera social das práticas públicas, do exercício de poder do administrador, seja vinculado ou discricionário, elevando a vontade social, para que sejam traçadas ou retraçadas metas perfeitamente alcançáveis. Significa, sob a observação de Garcia (2003, p. 139), “uma particularização da função de controle, que tem sido entendida como a atuação de grupos sociais no controle da execução das ações governamentais e da administração dos gestores públicos”.

Enquanto que em princípios do século XX se pautava por uma administração burocrática, despida de qualquer modo social de controle, é a partir do modelo gerencial, sobretudo com a vinda da Constituição Federal de 1988 e pela ascensão

de um Estado Democrático de Direito, que se começou a ver no cidadão o seu verdadeiro papel de agente fiscalizador dos atos públicos, por ser deles real consumidor. Além dessa abertura, tornaram-se mais democráticos e participativos os governos (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 19) , seja mediante a realização de audiências públicas e ouvidorias ou pelo favorecimento da instituição de conselhos e agências de regulação dos serviços assumidos pelos particulares, a partir dos crescentes processos de transferência ou privatização. Tudo consiste em efetivar, sem óbices, a garantia de eficiência dos atos administrativos, proposta pela EC n. 19/98.

Na atualidade, até mesmo os recursos eletrônicos estão sendo empregados com efetividade, de modo que seja posto em primeira opção o princípio da publicidade dos atos administrativos, para que a coletividade possa acompanhá-los cada vez mais de perto.

Segundo menções extraídas do sítio eletrônico da Corregedoria Geral da União:²⁰¹

Por meio da participação na gestão pública, os cidadãos podem intervir na tomada da decisão administrativa, orientando a Administração para que adote medidas que realmente atendam ao interesse público e, ao mesmo tempo, podem exercer controle sobre a ação do Estado, exigindo que o gestor público preste contas de sua atuação. A participação contínua da sociedade na gestão pública é um direito assegurado pela Constituição Federal, permitindo que os cidadãos não só participem da formulação das políticas públicas, mas, também, fiscalizem de forma permanente a aplicação dos recursos públicos. Assim, o cidadão tem o direito não só de escolher, de quatro em quatro anos, seus representantes, mas também de acompanhar de perto, durante todo o mandato, como esse poder delegado está sendo exercido, supervisionando e avaliando a tomada das decisões administrativas. É de fundamental importância que cada cidadão assuma essa tarefa de participar de gestão pública e de exercer o controle social do gasto do dinheiro público. A Controladoria Geral da União (CGU) é um dos órgãos de controle da correta aplicação dos recursos federais repassados a estados, municípios e Distrito Federal. No entanto, devido às dimensões do Estado Brasileiro e do número muito grande de municípios que possui, a CGU conta com participação dos cidadãos para que o controle dos recursos seja feito de maneira ainda mais eficaz.²⁰²

²⁰¹ O Portal da Transparência, administrado pela Corregedoria Geral da União, sob o sítio <www.portaltransparencia.gov.br>, demonstra como se pode efetivamente observar os atos praticados pelo Poder Público e controlá-los.

²⁰² Conteúdo disponibilizado em meio eletrônico, extraído de: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/controlSocial>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

Em retomada ao que até aqui se expôs, grande força fora concedida à sociedade a partir da EC n. 19/98, que introduziu, no art. 37 da Lei Constitucional de 1988, um § 3.º, assim prevendo: “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública [...]”. Entretanto, ao se tratar da arbitragem de litígios em esfera pública não se possui, até o momento, qualquer dispositivo legal que conceda ao particular uma atuação mais incisiva e direta dos atos praticados pela Administração quando em contrato firmado com pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, senão as formas já conhecidas, como ação popular, mandado de segurança individual ou coletivo e ação civil pública, tendo a maioria delas a premente necessidade de capacidade postulatória.

Não convém, para o problema, tratar dos mecanismos constitucionais mais antigos — plebiscito, referendo e iniciativa popular —, pois não guardam relação com a arbitragem. Não se despreza, entretanto, a possibilidade de a coletividade, mediante iniciativa popular, dar início, nas casas legislativas brasileiras, à votação de projeto de lei que preveja um método de controle das demandas resolvidas em âmbito público por arbitragem. Até o presente momento, o que se possui são órgãos particulares de controle, a exemplo do Coniama (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem), em vigência desde 1997, conquanto faça frente apenas às arbitragens institucionais, e a força de ordem do Ministério Público, quando em meio a qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. A atuação social, entretanto, termina quando aquele assume o polo ativo da demanda, refletindo-se como forma de controle judicial. A sociedade possui apenas o poder de quebra da inércia.

Pelas corretas observações de Valle (2002, p. 109), é cada vez mais urgente que haja uma definição dos mecanismos de controle social, mas não de modo a impor riscos ou paralisações à atividade administrativa. Por isso, indispensável se faz a criação de procedimentos, com prazos e métodos adequados, para que cada vez mais sejam transparentes e eficientes as ações realizadas no âmbito público. Nota-se, como regra, que mecanismos de controle social são inteiramente concedidos ou manipulados politicamente pelos governos. Não há uma legítima participação, de modo que o Poder Público se sinta acuado quando em atuação irregular, até bem porque tudo conduz a uma decisão final do Judiciário.

Não se pode deixar de observar que se fazem cada vez mais crescentes as intervenções em alguns dos setores administrativos, como saúde, pela Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que possibilita, por meio de conselhos e conferências,

a formulação de estratégias, inclusive em parte fiscal; e também em matéria ambiental, pela Resolução n. 9, de 3 de dezembro de 1987, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), que prevê a realização de audiências públicas para a confecção do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). Na educação, isso também se mostra cada vez mais positivo, pelo princípio que favorece uma gestão democrática do ensino, embasado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996), seja pela participação efetiva nos conselhos escolares ou em auxílio à confecção de planos de educação, em nível estadual, distrital e municipal, orientados pelo Plano Nacional, firmado na Lei n. 10.172, de 9 de janeiro de 2001.²⁰³

É também importante destacar a atuação das agências reguladoras, que ganharam força a partir da reforma gerencial de Estado, sobretudo a partir do momento em que este deixa de se arvorar como Estado-Empresário e passa a atuar no controle dos que assumiram as tarefas. Por meio delas, como observam Wald e Moraes (1999, p. 163):

A participação do usuário acaba se conformando-se a normas e peculiaridades de cada segmento de serviços públicos. Assim, adotar-se-á a formatação mais condizente e eficaz em relação a cada um, seja por meio de um comitê de usuários, da previsão de um processo de audiência pública ou de representatividade no conselho diretor da agência reguladora, com ou sem direito de voto, podendo ocorrer a utilização cumulativa desses diversos instrumentos de democratização do sistema de concessões.

Bresser Pereira (2006b, p. 262-263) também expõe interessantes observações ao tema:

O reconhecimento de um espaço público não-estatal tornou-se particularmente importante. [Com isso], abre-se espaço para o público não-estatal, [que] pode exercer papel de intermediação ou facilitar o aparecimento de novas formas de controle social direto ou de parceria, que abre, [consequentemente], novas perspectivas para a democracia. O controle do Estado, entretanto, deve ser necessariamente antecedido e complementado pelo controle social direto, derivado do poder dos conselhos de administração constituídos pela sociedade.

²⁰³ Já existe tramitação de Projeto de Lei para a edificação da nova década do Plano Nacional da Educação, a partir de 2012.

Mas como fica, no modelo gerencial e contemporâneo, que preza pelo interesse da coletividade, pela transparência e pela eficiência, a arbitragem de litígios que possui como partes Poder Público e esfera privada: a quem compete regulá-la em nível social ou popular? Como pode a sentença arbitral passada em julgado conter abusos ou nulidades para as quais nada ou ninguém se esforçou em romper? Como está sendo edificado o controle direto, posto por Bresser Pereira, materializado pelos conselhos sociais de administração?

Conforme disposto por Oliveira (2002, p. 195), “muitos movimentos significativos têm sido feitos no sentido de tornar a Administração Pública brasileira mais transparente, [mas] a caminhada ainda é muito longa”. Quando o assunto se remete à arbitragem, por ser mecanismo que ainda desabrocha no âmbito público, não há, até o momento, muitos recursos para que a sociedade venha a conter abusos, senão os métodos já evidenciados, alguns setores específicos da própria Administração e poucas corregedorias e ouvidorias, que, como regra, conduzem o pedido ao Poder Judiciário, pelo legado executório outorgado pela lei.

O controle social direto já tem avançado extensamente, embora não atrelado ao juízo arbitral. Na atualidade, são inúmeras as associações compostas por membros políticos, despolíticos e entidades diversas, inclusive sob a égide de lei federal. A título de exemplo, é importante citar o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES),²⁰⁴ criado pela Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que, além de muitos dos seus objetivos, cuida para que seja cada vez mais mantido um diálogo entre Poder Executivo Federal e sociedade civil, de modo que sejam discutidas políticas públicas voltadas ao crescimento econômico e social do país.

Em Portugal, existem inúmeros órgãos sociais que cuidam para que a formação de juízo arbitral seja permeada pelos ditames da lei, do Direito e da justiça. Exemplo disso é o Conselho Econômico Social (CES),²⁰⁵ que cada dia mais atua tanto na organização e manutenção dos processos, quanto na escolha de árbitros aos casos necessários e no apoio técnico ao funcionamento dos tribunais arbitrais existentes.

No Brasil, além do Conima,²⁰⁶ bem como o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP),²⁰⁷ muitos outros são formados, mas de pouca influência. Até o

²⁰⁴ Outras informações em: <<http://www.cdes.gov.br>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

²⁰⁵ Outras informações em: <<http://www.ces.pt>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

²⁰⁶ Outras informações em: <<http://www.conima.org.br>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado a partir da EC n. 45/2004 (CF, art. 92, I-A e 103-B), serve de modelo para que projetos de lei sejam votados em âmbito federal, estadual, municipal e distrital.

Há, ainda em votação na Câmara dos Deputados Federais, o projeto de Lei n. 4.891, de 2005,²⁰⁸ do Deputado Nelson Marquezelli, que, dentre as inúmeras alterações que propõe à Lei n. 9.307/96, uma delas visa à criação de um conselho federal e alguns conselhos regionais espalhados pelo país para coibirem o aparecimento de entidades arbitrais inidôneas ou julgamentos contrários à ordem pública. Segundo o seu art. 8.º, “serão nulos de pleno direito os contratos firmados por pessoa física, jurídica ou entidades públicas ou particulares com pessoas físicas ou jurídicas não habilitadas à prática das atividades previstas por esta Lei”.

Todos os conselhos e demais órgãos, por mais benéficos que sejam, ainda carecem de poder sancionador, conquanto constituam — e constituirão — avanço para que processos não acabem malformados ou carregados de vicissitudes,²⁰⁹ que poriam em xeque não somente os atos públicos, mas a credibilidade e a eficiência que cada vez mais são depositadas no instituto arbitral, desde a sua efetiva aparição no cenário brasileiro.

4.5 CONTROLE EXTERNO JUDICIAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diante da possibilidade de tornar nulo determinado ato administrativo que esteja em situação de incompatibilidade com a ordem jurídica, é de se pensar, como consequência, na nulidade da convenção ou compromisso arbitral, bem como de todo o processo, se também for nulo, ressalvada a autonomia de que trata o art. 8.º da Lei de Arbitragem, objeto de discussão anterior.

Perpassadas as formas de controle interna e externa, bem como o modo parlamentar e social, cabe ao Poder Judiciário o controle legal dos atos administrativos, com força de definitividade, em combinação com as medidas adotadas pelo Ministério Público. Pela correta observação de Bandeira de Mello (2010, p. 946-947), trata-se de controle *in concreto*, com efetiva anulação dos atos

²⁰⁷ Outras informações em: <<http://www.caesp.org.br>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

²⁰⁸ Outras informações em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

²⁰⁹ A doutrina majoritária trata das cláusulas malformadas como *cláusulas patológicas*. Neste sentido, vide Garcez (2007, p. 199-202).

públicos que importem danos tanto no campo interno quanto externo, condenando os seus mentores a indenizar, quando for o caso, as vítimas e o erário.²¹⁰

Tomando-se mais uma vez como entendimento as lições de Bandeira de Mello (2010, p. 953-957), são sete as formas pelas quais este controle se manifesta: a) *habeas corpus*; b) *habeas data*; c) mandado de segurança; d) mandado de injunção; e) ação direta de inconstitucionalidade; f) ação popular; g) ação civil pública. Não cabe discutir funcionalidades específicas de cada uma, mas agregá-las ao processo arbitral de modo simplificado, com informações pertinentes e pouco genéricas.

a) *habeas corpus*: mostra-se estranho cogitar abuso de poder em face da liberdade particular de cada indivíduo quando em vias unicamente arbitrais, já que o árbitro não pode determinar medidas executivas ou de força contrárias à órbita mantida pela Lei de Arbitragem e pelo ordenamento jurídico geral, o que o torna inoperante. Qualquer ato maior que tenha de realizar, deverá pedi-lo ao juiz para que o determine, nos termos do § 4.º do art. 22 da Lei de Arbitragem.²¹¹ Faz-se irrelevante, inclusive, mencionar possíveis exemplos em que o árbitro sujeitaria alguém a ato que privasse por completo a sua liberdade de ir, vir, parar e ficar, vez que todos os contratos efetivados entre Poder Público e esfera privada primam por vínculos unicamente negociais e mercantis;

b) *habeas data*: outro mecanismo constitucional, outrora constituído por lei específica,²¹² que não possui aplicabilidade nas vias de controle das relações arbitrais. Mostra-se muito estranho que durante certa demanda arbitral encontrem-se em poder do árbitro ou Tribunal Arbitral documentos de grande relevância e que mereçam apreciação imediata ou retificação, mas cujos atos são denegados de plano ou preteridos, com premente necessidade de *habeas data*. Por se estar em meio a processo arbitral, não tem vez a incidência desse remédio. A denegação de pedidos é fato que gera, por si só, a nulidade posterior da sentença proferida, por

²¹⁰ O controle judicial encontra fundamento no art. 5.º, XXXV da Constituição Federal de 1988, por ser princípio geral que regula a inafastabilidade do controle do Judiciário a qualquer ato que provoque lesão ou perigo de lesão a direito. Trata-se, em outras palavras, de jurisdição única.

²¹¹ Cf. art. 22, § 4.º da Lei de Arbitragem: “[...] havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”.

²¹² Trata-se da Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997.

não julgar a lide no todo, sob os termos do art. 32, V da Lei de Arbitragem. Sua incidência ocorre em vias unicamente externas à arbitragem, casos em que se necessita, urgentemente, p. ex., de documento para que seja imediatamente juntado ao processo. Uma vez deferida e concedida a ordem, pelo Poder Judiciário, deve o Poder Público favorecer à parte o que pede, conquanto não vincule o árbitro à sua juntada no feito;

c) mandado de segurança: com nova roupagem insculpida na Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, o mandado de segurança constitui-se em mecanismo de controle efetivo e relacionado à demanda arbitral, principalmente no que diz respeito à atividade e pessoa do árbitro. Trata-se de remédio constitucional destinado a conter abusos e ilegalidades cometidas por pessoa jurídica de direito público, de cujo rol não se é possível excluir o árbitro, que presta, naquele momento, função pública.²¹³ Não é impossível que durante demanda arbitral o árbitro defira mandamentos contrários à ordem jurídica justa, traçando medidas que firam completamente direitos da parte, pública ou privada, que se amparam pelos pilares da *certeza* e da *liquidez*; é dizer, como observa Bandeira de Mello (2010, p. 954), aqueles direitos demonstráveis de plano; que não dependem de mecanismos probantes para que se veja demonstrada a lesão. Trata-se de ação que seguirá as vias judiciais, não devendo acarretar o sobrestamento do processo arbitral, salvo se e assim determinar o juiz, em sede de liminar, inclusive sob a ordem de afastamento do árbitro ou sua consequente substituição.²¹⁴ Em seu favor, o árbitro possui os recursos que a Lei do Mandado de Segurança lhe confere, e, se condenado, deverá cumprir a ordem proferida, sob pena de crime de desobediência, nos termos do seu art. 26. A explicação que se extrai desse comentário ganha relevância pelo fato de a obrigação que contrai o árbitro ser efetivamente de resultado ou fim, e não de meio, ainda que seja advogado. Ao efetivar contrato de arbitragem, o árbitro incumbe-se de, além de se demonstrar competente à matéria, desimpedido e não suspeito, agir

²¹³ Consoante o termo do art. 1.º, § 1.º da Lei n. 12.016/09 (grifo no sso): “equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as *pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público, somente no que disser respeito a essas atribuições*”.

²¹⁴ A ordem emanada pelo juiz encontra raiz no art. 7.º, III da Lei n. 12.016/09: “ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida [...]”.

com probidade e boa-fé e ratificar expressamente as capacidades e exigências técnicas que admite ter naquele momento, perante as partes (SANTOS, 2004, p. 72). Partindo-se do que observa Lee (2002, p. 130-132), a responsabilidade civil que recai sobre o árbitro é de ordem subjetiva, ou seja, na qual se deva provar a culpa pela lesão. Na medida em que a Lei de Arbitragem disciplina, em seu art. 32, V, que será nula a sentença que não julgar a lide no todo, nasce para o julgador a plena adstrição ao princípio da *obligatoriedade de sentença*. Sem isso, assevera Muniz (2006, p. 81), “a estabilidade e a segurança na utilização do instituto estariam comprometidas, servindo como meio protelatório e um empecilho à sua aplicação”. Surge para a parte, logo que provada a culpa do árbitro, no Judiciário, o direito de ser indenizada, de modo equiparado ao que traz o art. 133 do Código de Processo Civil,²¹⁵ ao traçar a responsabilidade dos juízes togados, vez que a Lei de Arbitragem assim o equipara, tanto em direitos quanto em obrigações;

d) mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade: não se constitui num mecanismo aplicado ao processo arbitral o mandado de injunção. Trata-se de remédio constitucional que nasceu para que o interessado pudesse peticionar ao Judiciário que supra eventual ausência normativa que venha a lhe tolher interesses relativos à nacionalidade, soberania e cidadania (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 955). É estranho que de manda arbitral dependa de regra desse porte jurídico, por se tratar de vínculo unicamente negocial. Do mesmo modo, conquanto de distinções ponderadas que aqui não merecem esboço, é a ação direta de inconstitucionalidade, aplicada ao Poder Público nas modalidades omissiva, interventiva, genérica e difusa. Não é impossível que se constate, em sede arbitral ou no Judiciário, em fase executiva ou incidental, sentença proferida contrariamente à norma constitucional ou à legislação estadual ou federal. Ainda que se tenha como regra que toda decisão crie direito, materializada em forma de lei às partes, a sua porção maculada dará ensejo à nulidade, que deverá ser suscitada no órgão jurisdicional, e não à possibilidade de arguição de inconstitucionalidade pelo rol de legitimados dispostos no art. 103 da Constituição Federal de 1988. Incabível à arbitragem, regra geral, qualquer ação que tenha por escopo essa tarefa;

²¹⁵ Cf. art. 133 do Código de Processo Civil: “responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”.

e) ação popular: edificada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, é remédio constitucional antigo, destinado à proteção de direitos em face do Poder Público, cujos atos venham a ser lesivos a ele próprio, mas que certamente refletem o interesse geral da coletividade. Além de ser instituto que integra, indiretamente, o rol de controle social ou popular, a doutrina majoritária também o deixa inserido aos meios de controle judicial.²¹⁶ É certo que, a título de exemplo, se determinado processo licitatório previr a arbitragem como meio resolutivo, mas que esteja a tratar sumariamente de direito indisponível ou não patrimonial, em virtude de ulterior execução arbitral trará dano vultoso à esfera pública. Neste caso, sob os termos do art. 1.º da Lei, qualquer cidadão é legítimo para veicular demanda popular com fins à sua anulação, que se projetará com efeito *ex tunc*. Nem mesmo se poderá alegar autonomia da convenção arbitral, pois nascera de ato nulo;

f) ação civil pública: regida pela Lei n. 7.374, de 24 de julho de 1985, é instrumento que consagra, dentre outras características fundamentais, a competência do Ministério Público no controle dos atos da Administração Pública.²¹⁷ Trata-se de mecanismo empregado explicitamente para a defesa dos interesses²¹⁸ transindividuais, assim entendidos os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.²¹⁹ Assim como muitos mecanismos de controle judicial existentes, a ação civil pública não guarda relação com o processo arbitral. Em sede de arbitragem de litígios entre Administração e esfera privada, a insurgência, ainda que de modo acidental, de qualquer direito indisponível é causa de sujeição à esfera judicial, nos termos do art. 25 da Lei de Arbitragem, ficando aquele sobrestado até decisão passada em julgado.

²¹⁶ Neste sentido, vide tb. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 956.

²¹⁷ Embora não seja o único, o Ministério Público é quem dela mais se utiliza. O rol de membros cuja competência é equiparada é trazido no art. 5.º da Lei.

²¹⁸ Embora haja relevante diferença entre *direito* e *interesse*, não constitui objeto deste trabalho a sua abordagem de forma pormenorizada, sendo aqui empregados como sinônimos. Segundo observa Bellinetti (2005, p. 3), “quando se utiliza o termo direito, geralmente se faz em sentido subjetivo, com o significado de constituir uma faculdade de agir autorizada pela ordem jurídica, com a finalidade de satisfação de um interesse reconhecido por esse ordenamento. [...] Quando se ingressa na esfera coletiva, é preciso prescindir desse binômio com identificação dos titulares dos direitos. O que se deve conceber é a existência de interesses atinentes a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas, que poderá ser satisfeito por alguém através de uma utilidade indivisa. Esses membros do grupo não o podem exigir individualmente essa utilidade. Somente podem exigir o seu direito individual”.

²¹⁹ Definição consoante os termos do art. 81 da Lei n. 8.078/90.

A atuação do Ministério Público, que para muitos é tido como o quarto poder da República,²²⁰ encontra-se descrita no art. 127 da Constituição Federal de 1988, no art. 3.º da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) e no art. 5.º da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Em que pese sua atuação ser bem mais voltada à proteção do patrimônio público e social, meio ambiente e demais interesses indisponíveis e transindividuais, não é impossível que a ele sejam conduzidas notificações acerca de irregularidades ou ilegalidades em processo arbitral, feitas pelo Tribunal de Contas, por particular ou por qualquer outro órgão público, inclusive pelo árbitro, às quais tem o dever apreciar e dar-lhes a destinação obrigatória, conforme a lei.

Partindo-se novamente à esfera judicial, é ponto importante a apreciação dos motivos que levariam o administrador a praticar determinado ato, muitas vezes contrário à ordem jurídica. Surgem, aqui, as seguintes indagações: i) seria possível à parte privada impugnar a inserção de convenção de arbitragem em edital de licitação ou após a realização do ato?; ii) até que ponto a discricionariedade administrativa é suportada face à arbitragem de conflitos?

Não se discute, na atualidade, a possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos que pratica o Poder Público. Discute-se os limites desse controle, já que se está a trabalhar sob a égide de um Estado com poderes divididos, cada qual com a soberania que a lei constitucional lhes favoreceu.

Pela correta observação de Moraes (2004, p. 107), há, verdadeiramente, uma área de atuação livre do Poder Executivo; uma “área de livre decisão”; uma “reserva de administração”, que não deve ser objeto de revisão pelo órgão judicial. Do outro lado está o princípio da ubi quidade, ancorado no art. 5.º, XXXV da Constituição Federal de 1988, que salvaguarda interesses, inclusive o público, de qualquer lesão ou ameaça de lesão. No âmbito administrativo, a pedra de toque repousa no princípio da publicidade, disposto no art. 37, *caput*, da Lei Maior brasileira, que por meio deste pode o Judiciário atribuir valor, positivo ou negativo, aos atos praticados, sejam discricionários ou vinculados.

²²⁰ Neste sentido, vide Arildo Oliveira, op. cit., p. 157. Na obra citada, em alusão às palavras de Ubiratan Cazetta, informa que o quarto poder, se realmente existente, é a *sociedade*. O autor contrasta esta posição à adotada por Cármen Lúcia Antunes Rocha, que se manifesta em favor do membro do *Parquet*, pelo fato de a Constituição Federal de 1988 elevá-lo ao caráter de *defensor da coletividade* (CF, art. 127 e seguintes).

Não mais se está a viver num período patrimonialista, em que tudo pertencia ao soberano e dele eram emanados os atos de vontade, muitas vezes um talante próprio, diferentemente do interesse público, que hoje se atrela à Administração. Segundo observa Correia (1987, p. 48-8), “no Estado de nossos dias, seria impensável uma Administração desprovida de margem de livre decisão, isso porque a Administração é hoje constitutiva ou conformadora, isto é, assume o propósito de configurar a sociedade”. Trata-se, de modo geral, de uma forma de Administração que possui o poder de atribuir valor à norma jurídica conforme melhor se adéqua ao interesse coletivo e para a sua melhor satisfação, não desvinculada dos princípios constitucionais que lhe impõem barreiras legais. Consiste em uma forma de administrar discricionária, conquanto não absoluta; que, embora mantenha uma área de decisão livre, está, a qualquer momento, sujeita à revisão dos seus atos por poder diverso do seu ou por poder equivalente: seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo, seja, sem margem de erro, pelo próprio Executivo.

Nesse sentido é a observação de Oliveira (2002, p. 111, grifos do autor):

Quando da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valorização administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada “área de livre decisão” que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, da publicidade, da impessoalidade e da moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais do Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito.

É importante atentar até que ponto pode o Judiciário avançar no mérito administrativo, anulando o ato praticado e, muitas vezes, determinando-lhe o fazimento de um novo ou a sua manutenção. Não restam dúvidas de que a legislação que orienta o Direito Administrativo permita a inserção de convenção de arbitragem nos contratos em que será feita a parceria entre Poder Público e esfera privada, o que resulta em ganho vultoso, tanto de celeridade quanto de desburocratização, frutos da era gerencial na qual se embrenha a Administração.

A relação contratual é sempre bilateral e a utilização da arbitragem como meio de resolução de controvérsias deve estar pautada pela autonomia da vontade. Mostra-se claro que, se a lei lhe é facultada a utilização, não há lesão ou ameaça de

lesão a direito. Trata-se de ato vinculado à lei, não cabendo à parte contrária qualquer meio de contestação. Problemática surge quando, sem previsão legal — conquanto não seja defeso, pelas benesses que traz —, o administrador incute cláusula compromissória, antecipadamente, em edital de licitação ou em meio às cláusulas contratuais, após a adjudicação do objeto à parte vencedora.

A opção pelo compromisso arbitral não traz maiores problemas, vez que é feita, como regra, em audiência pública administrativa, da qual participam Poder Público e esfera privada. Deste ponto surge novamente a indagação: pode a parte pertencente à esfera privada suscitar a anulação de cláusula compromissória, sua substituição ou a sua manutenção junto ao Poder Judiciário, vez que a tentativa em vias unicamente administrativas restou sem efeitos concretos?

A inserção de cláusula compromissória impondo a arbitragem como meio de resolução de conflitos, de modo unilateral, demonstra o poder discricionário que possui a Administração Pública. Reside na “área de livre decisão” que se evidenciou anteriormente. A opção do administrador, embora discricionária, sem dúvidas para aquele ato ou momento se mostra bem mais benéfica e contemporânea, pois está buscando vias muito mais céleres de decisão. Não é complicado enxergar que não existe lesão ou perigo de lesão ou ameaça a direito; nem mesmo fere princípios constitucionais; nem é ato que ratifica má-fé ou improbidade.

A partir do momento em que a parte contrária invoca a presença do Judiciário para invalidar o ato todo ou somente a convenção de arbitragem, exarada sob a forma de cláusula compromissória, não se mostra razoável que, ao passo que o juiz analisa todas as consequências benéficas que trará, o invalide ou determine o seu refazimento pelo Poder Público. Atitude assim, além de não ser contemporânea, contraria a base tripartite de poderes do Estado brasileiro, que, dentre várias menções principiológicas que traz em sua Lei Constitucional, prevê, em seu art. 4.º, VII, que se poderá optar pelas formas pacíficas e amigáveis de solução de conflitos.

Dessa problemática, ergue-se um paradoxo entre juiz e administrador, vez que a anulação ou reforma do ato praticado por este traduz-se em provimento negativo daquele. Conquanto seja possível a sua anulação, guardadas todas as contrariedades apontadas, não se mostra interessante que se ordene a forma como deverá ser feito, mas somente o seu refazimento (OLIVEIRA, 2002, p. 161). Note que, ao se tentar buscar das vias judiciais, a melhor atuação do magistrado confluirá tão somente na análise do ato praticado, sem adentrar no seu mérito, caso em que

estaria atuando como Poder Executivo. Isto, sem dúvida, se mostra estranho ao se tratar de anulação de ato discricionário que imponha cláusula compromissória em contrato administrativo.

Se a lei não proíbe a sua utilização, ressalvados os casos pertencentes à esfera de indisponibilidade de interesses, e se não pode o magistrado impor a forma como deverá ser feito, mostra-se sem efeito ou de efeito protelatório a busca dessas vias para a sua anulação, até porque nem nulo ou anulável é. Nulo seria a discricionariedade pautada fora dos parâmetros principiológicos do Direito; aquela posta de modo inverso ao modelo constitucional; que viola direitos fundamentais; em desrespeito à limitação legal; que não guarda compatibilidade com a garantia do interesse público.

Há um confronto entre dois fatos importantes: discricionariedade administrativa e autonomia da vontade contratual, pautada pela bilateralidade. Trata-se de fundamentação que encontra berço nos ditames de ordem pública, que, em definição sucinta que trazem Costa e Pimenta (1999, p. 375), “não é esta ou aquela regra de Direito, mas sim um conjunto dessas regras, podendo também significar princípios [...]”. É o ponto de reflexão de “interesses jurídicos e morais fundamentais que o Estado decide preservar [...]” (SANTOS, 1999, p. 392), mas que, de um modo geral, “não deve ser encarada como obstáculo à arbitragem” (SANTOS, 2004, p. 42), seja de ordem privada ou em âmbito público.

O poder discricionário, ainda que pareça viciar o ato volitivo que deve guardar as relações contratuais, mostra-se benéfico a ambas as partes quando da adoção da arbitragem. Nada impede que, sob os termos do art. 41, § 1.º da Lei de Licitações,²²¹ se possa impugnar, administrativamente, os termos do Edital publicado. Mas, uma vez não exercido, torna-se a parte decadente do direito que lhe confere a lei, pelo seu § 2.º,²²² convalidando-se a cláusula compromissória anteriormente inserta.

²²¹ Cf. § 1.º do art. 41 da Lei n. 8.666/93: “qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis [...]”.

²²² Cf. art. 41, § 2.º da Lei de Licitações: “decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas e convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso”.

A incursão pela arbitragem, além de ato benéfico, tanto ao Poder Público quanto à esfera privada face à resolução de conflitos de direitos patrimoniais disponíveis, guarda relação intrínseca com os princípios constitucionais e jurisdicionais; garante, sobremaneira, a eficiência, fundamento à razoável duração processual, limitada no texto constitucional, em seu art. 5.º, LX XVIII, e à justiça, quando favorece o seu acesso; não desrespeita qualquer imposição legal, vez que a Lei Constitucional a garante como princípio de direito fundamental, além de a maioria da legislação de Direito Administrativo prevê-la como método amigável, pacífico ou extrajudicial; e, acima de tudo, garante que o princípio do interesse público reste evidenciado, seja pela celeridade que traz, pela forma não burocrática de resolutividade, pela praticidade, pela economia, pela equivalência ao processo estatal, pela segurança das suas decisões, pela menor onerosidade e melhor custo-benefício, e, em linhas gerais, pela facilidade dá a ambos para manterem vivo o vínculo contratual, ainda que existam controvérsias em seu itinerário.

Segundo defendem Cachapuz e Condado (2008, p. 112), trata-se de “uma [verdadeira] conquista para o Direito Brasileiro, representando a [...] possibilidade de acesso à ordem jurídica justa, permitindo uma aplicação igualitária do Direito, tornando o instituto [...] um aliado na concretização da Justiça”. Não se constitui numa forma de resolução, mas num *meio de administração de conflitos de caráter público-privado*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta etapa, é indispensável retomar os principais pontos abordados, para que se possa tecer conclusões sobre o tema e objeto de estudo desenvolvidos.

Como ponto inicial, partiu-se das três reformas de Estado difundidas em solo brasileiro, desde o início do século XX: burocrática, desenvolvimentalista e gerencial. Pela sua relação, ao longo de um período de mais de sessenta anos, pôde-se efetivar a arbitragem nos contratos ratificados entre Poder Público e esfera privada.

O perfil burocrático era fechado a inovações, pois garantia um modelo de Estado Mínimo, fruto da era Liberal, embora decisivo ao romper com o momento patrimonialista do século XIX, pelo qual eram confundidos os bens privados do monarca com os do Estado. Seu início favoreceu que acordos previssem a arbitragem como meio resolutivo, fosse pelo tumulto de processos que povoavam o Judiciário ou pela grande soma de capital e riscos que envolviam serviços como hidrovias e ferrovias.

O segundo modelo — desenvolvimentalista —, criado a partir de 1967, tinha o Estado na condição de empregador ou empresário, por meio de empresas estatais, delineadas pela fluência do Estado Social de Direito. Nesta época, apareceram os primeiros traços da administração indireta. De pouco sucesso, seu declínio se deu em virtude da derrota militar e da ascensão democrática, sobretudo com a vinda da Constituição Federal de 1988.

Das duas primeiras reformas administrativas, é importante concluir que, embora se mantivessem fechadas as inovações relevantes, as empresas formadas com capital estrangeiro começaram a incluir nos contratos firmados com o Poder Público a arbitragem, ainda sem previsão legal, vez que lá fora já era prevista em larga escala. Do mesmo modo, é a partir do modelo desenvolvimentalista que tem início uma verdadeira industrialização no país, cujos contratos demandavam maior cuidado no trato de questões de grande relevância, que, se levadas ao Judiciário, haveria tempo maior para serem resolvidas.

Ambas as reformas perderam força devido aos movimentos sociais em prol da garantia de controle dos atos administrativos, antes evidenciada somente pelo sufrágio, e à ascensão de um regime democrático de governo e queda militar.

No final do século XX, ergueu-se o perfil gerencial, sob a EC n. 19/98, que incorporou ao art. 37, *caput*, da Lei Constitucional de 1988 o quesito *eficiência*,

primando pela garantia do interesse público. O Estado deixou de ser Estado-Empresário para se tornar agente regulador e fiscalizador, devolvendo o espaço antes ocupado à esfera privada, na forma de *privatização* ou *transferência*. Isso propiciou um reforço às relações negociais, e, com isso, abriu um espaço muito maior à arbitragem.

O modelo gerencial é vigente até a atualidade, com algumas adaptações devido ao momento tecnológico, conquanto mantenha vivos os seus principais escopos: celeridade, inovação e busca de resultados eficientes.

O ano de 1996 foi ponto de destaque, pois teve vida a Lei n. 9.307/96 — a Lei de Arbitragem —, que regulamentou o instituto em solo brasileiro, sob o projeto de lei do Senador Marco Maciel. Pela impulsão dos contratos efetivados entre Poder Público e esfera privada, a legislação também a enxertou em seus escritos, mantidos até hoje, com aspectos cada vez mais positivos.

A utilização da arbitragem no âmbito público se dá tão somente em face de conflitos que envolvam interesses patrimoniais disponíveis. A indisponibilidade é assunto que deve ser tratado em vias judiciais ou legislativas — e até mesmo administrativas.

As disposições de direito material relativas à arbitragem foram evidenciadas em conjunto com os artigos iniciais da Lei de Arbitragem, das quais se conclui como importantes: i) a utilização de advogado, por se tratar de questões de viés público; ii) a possibilidade de utilização de legislação estrangeira e disposições comerciais (*lex mercatoria*); iii) o emprego, pelo árbitro, de usos e costumes, equidade e princípios de ordem geral, desde que se constituam não num modo isolado, mas num aparato que amplie o leque de julgamento frente à lei.

Ponto importante que foi analisado refere-se à arbitragem subjetiva e objetiva. A Administração realiza não só atividades essenciais à coletividade ou *atividades-fim* (muitos definem como sendo *atos de império*), mas também *atividades-meio* ou secundárias, que permitem a consecução daquelas, como a contratação de serviços terceirizados e de pessoal capacitado para a consecução de obras em geral.

Não se é possível resolver conflitos que envolvam atividades-fim por meio de arbitragem, pois se está a tratar de direito indisponível. Seu enxerto somente pode ser feito em contratos que primam pela consecução de atividades-meio, disponíveis e patrimoniais.

A arbitragem subjetiva diz respeito àqueles que podem contratá-la. O Poder Público não só é capaz, como legítimo para incuti-la nos contratos que perfaz, desde que respeitado o seu objeto (arbitragem objetiva): questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. No que é pertinente à primeira, foram abordadas as principais legislações que preveem a arbitragem como meio resolutivo em âmbito público, bem como alguns dos traços jurisprudenciais mais relevantes.

Da garantia dos princípios gerais da Administração Pública, aqui esboçada de modo sucinto, tem-se a concluir que a arbitragem não só prima pela consecução da eficiência e economia, por possuir relação custo-benefício diretamente proporcional ao tempo processual, além de equiparar-se ao Judiciário no que concerne à motivação de todos os seus atos e ao viés público, de baixa — ou nenhuma — sigilosidade.

Não existem grandes diferenças entre o processo arbitral e o processo jurisdicional. A arbitragem, uma vez prevista, materializa-se pela convenção de arbitragem, da qual é espécie a cláusula compromissória, pactuada antes do conflito, que pode ser ratificada na forma *cheia* (com previsão de todo o procedimento) ou *vazia* ou *em branco* (sem maiores menções); e o compromisso arbitral, efetivado depois de surgido o conflito, sempre na forma *cheia*.

A arbitragem pode ser *ad hoc* ou realizada num Tribunal ou Câmara Arbitral. Embora muitos definam a sua natureza jurídica como *privatista* ou essencialmente *jurisdicional*, adotou-se a feição *sui generis*, que reúne ambas as teses.

Do procedimento em si, deve existir uma petição inicial, na forma simples, além do dever de se sanar quaisquer vícios de incompetência, impedimento ou suspeição. Outros pressupostos e condições também foram observados, como litispendência, preempção, legitimidade e coisa julgada. A única exceção refere-se aos atos de força e à execução da sua sentença, quando condenatória, que serão levados ao Judiciário, de modo que pessoa privada — o árbitro — não ascenda na condição de executor. Isso garante segurança jurídica quando se está a tratar de causas que têm como parte a Administração Pública.

Na abordagem da execução de sentença arbitral condenatória, não é inexistente no Poder Público o perdimento de bens ou quantias, inclusive frente aos acordos ratificados em decisão declaratória, desde que sejam observados os parâmetros legais impostos pelo art. 100 da Constituição Federal e os arts. 730 e

731 do Código de Processo Civil, ressalvada a utilização da verba do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), sob a Lei n. 11.079/04.

Durante a execução, pode o executado interpor embargos do devedor, nos termos do § 3.º do art. 33 da Lei de Arbitragem, momento em que se verificou caso inovador: constatada alguma irregularidade que importe nulidade do ato, a decisão que a nulifica se projeta com efeito rescisório, assim como ocorre no processo civil estatal.

Ao final dos estudos, foram traçadas as formas existentes de controle dos atos que envolvem arbitragem junto do Poder Público. Sua importância se deve em razão da execução de sentença arbitral condenatória, que pode macular as bases do Direito Administrativo, e, com isso, ferir direitos de terceiros.

O controle pode ser feito pela própria Administração (autocontrole), de modo prévio ou antecipado, para que sejam coibidos vícios desde o ato licitatório até a ratificação do contrato; de modo concomitante, para acompanhamento do processo; e posterior ou sucessivo, depois de decidido o conflito, para que a execução, quando existente, não macule direitos indisponíveis. As averiguações serão feitas por setor responsável, que, constatada qualquer irregularidade, deve, conforme o caso, conduzir o fato ao Poder Judiciário ou Ministério Público para apuração de provável ilegalidade ou improbidade administrativa.

O controle dos atos também é feito Tribunal de Contas, que possui funcionamento amplo. A Corte atua tanto como órgão verificador, quanto sancionador, e, do mesmo modo, conduz à esfera jurisdicional os casos que entender relevantes.

O controle parlamentar, realizado pelo Poder Legislativo, atua na consecução de pedidos de informação, convocações pessoais, fiscalização e na instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Isso garante que se mantenha em estabilidade a base tripartite de Estado, de modo que todos os poderes atuem em harmonia, mas que ajam no controle uns dos outros, a todo o tempo.

Diferentemente das épocas burocrática e desenvolvimentalista, nas quais inexistia um olhar incidente sobre os atos administrativos, senão por meio do sufrágio, o controle social ou popular é fruto dos ideais democráticos alcançados ao longo dos anos. Garante-se, inclusive por meio eletrônico, como o modelo disposto no sítio da Corregedoria Geral da União, que a coletividade possa acompanhar a

vida pública, sobretudo quando em meio à disponibilidade e indisponibilidade de direitos. Entretanto, ainda é ponto a ser explorado ao longo dos anos. Somente alguns conselhos têm sido efetivados, conquanto de baixa força impositiva.

Por fim, há o controle efetivado pelo Poder Judiciário e Ministério Público. São sete as formas pelas quais se manifesta: a) *habeas corpus*; b) *habeas data*; c) mandado de segurança; d) mandado de injunção; e) ação direta de inconstitucionalidade; f) ação popular; g) ação civil pública. Dentre todas elas, umas sem relevância no meio arbitral, como no caso do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade e ação civil pública, o mandado de segurança e a ação popular proporcionam que se efetive a probidade dos atos emanados do Poder Público, além de se ter o Ministério Público como o quarto poder da República.

Todas essas formas de controle não podem retirar da arbitragem, quando lícita, a legitimidade, traduzida por seus principais aportes: celeridade, não-recursividade, eficiência, economicidade e praticidade. Trata-se de instituto que prima por manter vivo o vínculo contratual, motivo que lhe cabe a denominação *meio de administração de conflitos*.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Pincipi di diritto amministrativo*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Lisboa: Almedina, 2004.
- AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coords.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 329-348.
- ANDREWS, Christina W.; KOUZMIN, Alexander. O discurso da nova administração pública. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 45, p. 97-129, 1998.
- ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*, v. 48, n. 3, Brasília, set./dez. 1997. p. 104-132.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BAER, Werner. Dos ajustes aos choques externos à crise provocada pela dívida: 1973-85. In: _____. *A economia brasileira*. 2.ed. São Paulo: Nobel, 2002. p. 108-138.
- BAILEY, Stephen K. O interesse público: alguns dilemas funcionais. In: FRIEDRICH, Carl J. *Nomos I: o interesse público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 103-113.
- BALLESTEROS, Jesus. *Sobre el sentido del derecho: introducción a la filosofía jurídica*. 3.ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARRAL, Welber. *A Arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB-SC, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BELLINETTI, Luis Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *Estudos de Direito Processual Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 666-671, 2005,

- BENDIX, Reinhard. *Max Weber. um perfil intelectual*. Brasília: UnB, 1986.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.
- _____. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: _____; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006a. p. 21-38.
- _____. *Da administração pública burocrática à gerencial*. In: _____; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006b. p. 237-270.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Privatização das empresas estatais, à luz da Constituição*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 125-133, 1995.
- BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Direito, 2000.
- _____; CONDADO, Elaine C. Gomes. *Arbitragem: instrumento efetivo de acesso à justiça*. *Scientia Iuris: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Londrina: Ed. da UEL, v. 12, p. 95-116, 2008.
- CAETANO, Luiz Antunes; PAASHAUS, Gustavo Cintra. *Arbitragem e mediação hoje; do juízo arbitral*. 2.ed. São Paulo: Pillares, 2006.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva. discurso sobre o espírito positivo. discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; catecismo positivista*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei n. 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 373-390.

COUTO E SILVA, Almiro Regis Matos do. Transação e Administração Pública — Irrevogabilidade — Regime Jurídico — Parecer. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 73, p. 84-94, 1985.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de Serviço Público. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 32, n. 128, p. 63-67, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. IV.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DOLINGER, Jacob. *A dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Fronteira, 1988.

DONAHUE, Charles. Comparative law before the code Napoléon. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The oxford handbook of comparative Law*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2008. p. 3-32.

DUSO, Giuseppe. Introdução. In: _____ (Org.). *Poder: história da filosofia política moderna*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 113-121.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. formação do patronato político brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. II.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública: exame a partir da participação do direito administrativo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FIGUEIREDO, Cláudio Eduardo Regis de. *Administração gerencial e a reforma administrativa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FRONTINI, Paulo Salvador. Arbitragem e execução da sentença arbitral: apontamentos sobre os reflexos da Lei n. 11.232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 87, set. 2006. p. 76-86.

GARCEZ, José Maria Rossani. Escolha da lei substantiva da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 4, jan./mar. 2005, p. 48-61.

_____. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCIA, Leice Maria. Controle social dos gastos públicos: fundamentação, limites e possibilidades. In: BUGARIN, Maurício Soares. *Controle dos gastos públicos no Brasil: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003. p. 139-178.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, n. 2, jul./dez. 2002a, p. 49-58.

_____. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *RDBMAeA*, v. 5, n. 18, p. 395-405, out./dez. 2002b,

GUERREIRO RAMOS, Alberto. A nova ignorância e o futuro da administração pública na América Latina. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 32-65. jan./mar. 1983,

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: _____. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991. p. 101-117.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

IANNI, Octávio. *Capitalismo, violência e terrorismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEE, João Bosco. A especificidade da arbitragem comercial internacional. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 176-204.

_____. *Arbitragem internacional comercial nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MAGRO, Maíra; BAETA, Zínia. *Guia valor econômico de arbitragem*. São Paulo: Globo, 2004.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEM, Carlos Saúl; DROMI, José Roberto. *Reforma del estado y transformación nacional*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1990.

METCALFE, Les; RICHARDS, Sue. *Improving public management*. 2. ed. London: Sage, 1992.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Fernando C. Prestes; VASCONCELOS, Isabella F. Gouveia de. *Teoria geral da administração*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Arildo. Controle social: perspectivas para a fiscalização popular da Administração Pública no Brasil. In: _____. *Prêmio Serzedello Corrêa 2001: perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União/Instituto Serzedello Corrêa, 2002. p. 143-207.

PICCININI, Mário. Poder comum e representação em Thomas Hobbes. In: DUSO, Giuseppe (Org.). *Poder: história da filosofia política moderna*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 122-141.

PINHEIRO, Luís de Lima. Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, v. III, set. 2007. p. 1-12.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

ROJAS, Francisco José Villar. *Privatización de servicios públicos*. Madri: Tecnos, 1992.

SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. Parte I, p. 33-61.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Ordem pública e arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 391-405.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e poder judiciário: (lei n. 9.307, 23.9.96) — mudança cultural*. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos. *A arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Biblioteca 24x7, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. O juízo arbitral em direito administrativo. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2000. p. 23-28.

TALAMINI, Eduardo; WLADECK, Felipe Sripes. Sentença arbitral e liquidez. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). *Arbitragem e Poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159-175.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. São Paulo: Forense, 2006.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Arbitragem e contratos administrativos: comentários ao Acórdão proferido pelo TJDF, em 18.05.1999, no caso Seveng Civilsan S.A. e Empresas Associadas de Engenharia e Construtora Andrade Gutierrez S.A. c. Tribunal de Contas do Distrito Federal. In: _____; LEE, João Bosco. *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 224-242.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle social: promovendo a aproximação entre administração pública e cidadania. In: *Prêmio Serzedello Corrêa 2001: perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União/Instituto Serzedello Corrêa, 2002. p. 75-139.

VIEIRA, Laércio Mendes. Controle estatal dos gastos públicos no Brasil: painel histórico e aspectos relevantes das instituições de controle. In: BUGARIN, Maurício Soares. *Controle dos gastos públicos no Brasil: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003. p. 57-137.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 141-171.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 11. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

_____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 1999.

WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977.

ANEXO

ANEXO A

Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Dispõe sobre a arbitragem.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2.º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1.º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2.º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

CAPÍTULO II

DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

Art. 3.º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4.º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1.º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2.º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5.º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes

estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6.º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7.º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7.º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de declarar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1.º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2.º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3.º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2.º, desta Lei.

§ 4.º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5.º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6.º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7.º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8.º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9.º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1.º O compromisso arbitral judicial celebrará-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2.º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

- I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
- II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;
- III – a matéria que será objeto da arbitragem; e
- IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

- I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;
- II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;
- III – o prazo para apresentação da sentença arbitral;
- IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
- V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e
- VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

- I – escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;
- II – falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e
- III – tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

CAPÍTULO III DOS ÁRBITROS

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1.º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2.º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estarão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7.º desta Lei.

§ 3.º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4.º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5.º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6.º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

§ 7.º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1.º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2.º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1.º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2.º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7.º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO IV

DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1.º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário com petente para julgar a causa.

§ 2.º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder

Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1.º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2.º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3.º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4.º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1.º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2.º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3.º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4.º Ressalvado o disposto no § 2.º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5.º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

CAPÍTULO V

DA SENTENÇA ARBITRAL

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1.º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2.º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

- I – o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;
- II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;
- III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV – a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

- I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral;
- II – esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre o ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, admitindo a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I – for nulo o compromisso;
- II – emanou de quem não podia ser árbitro;
- III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2.º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1.º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2.º A sentença que julgar procedente o pedido:

- I – decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;
- II – determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3.º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

CAPÍTULO VI

DO RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I – o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II – o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I – as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II – a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III – não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV – a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V – a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI – a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

- I – segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;
- II – a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

“Art. 267.....

VII – pela convenção de arbitragem;”

“Art. 301.....

IX – convenção de arbitragem;”

“Art. 584.....

III – a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;”

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei n. 5.869,

de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175.º da Independência e 108.º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Nelson A. Jobim